

Göttinger Schriften zum Medizinrecht
Band 19



Dominik Franzki

Der Behandlungsvertrag

Ein neuer Vertragstypus im Bürgerlichen Gesetzbuch



Universitätsverlag Göttingen

Dominik Franzki

Der Behandlungsvertrag

Dieses Werk ist lizenziert unter einer

[Creative Commons](#)

[Namensnennung - Weitergabe unter gleichen Bedingungen](#)

[4.0 International Lizenz](#).



erschienen als Band 19 der Reihe „Göttinger Schriften zum Medizinrecht“
im Universitätsverlag Göttingen 2014

Dominik Franzki

Der Behandlungsvertrag
Ein neuer Vertragstypus im
Bürgerlichen Gesetzbuch

Göttinger Schriften
zum Medizinrecht Band 19



Universitätsverlag Göttingen
2014

Bibliographische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

Herausgeber der Reihe

Zentrum für Medizinrecht
Juristische Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen
Geschäftsführender Direktor: Prof. Dr. Volker Lipp
www.zfm.uni-goettingen.de

Autorenkontakt

E-Mail: d.franzki@gmx.de

Dieses Buch ist auch als freie Onlineversion über die Homepage des Verlags sowie über den Göttinger Universitätskatalog (GUK) bei der Niedersächsischen Staats- und Universitätsbibliothek Göttingen (<http://www.sub.uni-goettingen.de>) erreichbar. Es gelten die Lizenzbestimmungen der Onlineversion.

Satz und Layout: Alice von Berg
Umschlaggestaltung: Kilian Klapp, Margo Bargheer

© 2014 Universitätsverlag Göttingen
<http://univerlag.uni-goettingen.de>
ISBN: 978-3-86395-175-7
ISSN: 1864-2144

Für Ilo

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2013/14 von der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen als Dissertation angenommen. Vor der Drucklegung sind Rechtsprechung und Literatur bis Anfang Juli 2014 eingearbeitet worden. An dieser Stelle möchte ich die Gelegenheit ergreifen, all denjenigen aufrichtig Dank zu sagen, die wesentlichen Anteil am Gelingen der Arbeit hatten. Zunächst möchte ich meinem Doktorvater, Herrn Professor Dr. Spickhoff, danken. Dieser hat nicht nur die Anregung zum Thema meiner Dissertation gegeben, sondern mir auch regelmäßig mit wertvollen Ratschlägen zur Seite gestanden, wobei er mir stets die notwendige wissenschaftliche Freiheit eingeräumt hat. All dies hat meine Freude am wissenschaftlichen Arbeiten bestärkt. Ebenfalls danken möchte ich Herrn Professor Dr. Deutsch für die Übernahme und die zügige Erstellung des Zweitgutachtens. Den Herausgebern der „Göttinger Schriften zum Medizinrecht“ danke ich für die Aufnahme der Arbeit in ihre Schriftenreihe. Weiterhin gilt mein Dank der Studienstiftung des Deutschen Volkes, die mich sowohl im Studium als auch während der Promotion in ideeller und finanzieller Hinsicht gefördert hat. Ihr verdanke ich viele interessante Erlebnisse, Begegnungen und Gespräche.

Besonderer Dank gilt meiner Familie und meinen Freunden für ihre Unterstützung beim Verfassen der Arbeit und für die schönen, unbeschwerten Stunden, die sie mir neben dieser beschert haben. So danke ich meinen Eltern Siegrid und Dietmar Franzki, die mir stets ein sicherer Rückhalt waren. Meiner Schwester Cordula Deichmüller danke ich dafür, dass sie mir in unseren zahlreichen Gesprächen die Bedürfnisse der Medizinerseite im Behandlungsalltag vor Augen geführt hat und dass sie die Arbeit Korrektur gelesen hat. Bezüglich des Korrekturlesens danke ich auch meiner Nichte Franziska, die in ihren ersten Lebenswochen die Aufmerksamkeit meiner Schwester mit einem Korrektorexemplar teilen musste. Weiterhin möchte ich meinem Freund Thius Vogel für die vielen gewinnbringen-

den Diskussionen danken, auch wenn sie gelegentlich den nötigen Ernst vermissen ließen. Nicht weniger danke ich meiner Freundin Karen Gebhardt, die sich – nicht zuletzt durch eine intensive Korrekturarbeit – sehr um meine Dissertation verdient gemacht hat.

Mein größter Dank gilt schließlich meiner Verlobten Ilona Herrmann. Ihr ist die Arbeit gewidmet. Sie hat mir durch ihre fröhliche Zuneigung diejenige Kraft und Motivation gegeben, die erforderlich war, um die Arbeit abzuschließen. Ihr wohlwollend kritischer Rat wäre durch nichts zu ersetzen gewesen.

Ebenfalls widmen möchte ich die Arbeit meinem verstorbenen Großvater Harald Franzki. Er hat mich nicht nur durch Rat und Tat bis zu meinem Abitur begleitet, sondern dient mir mit seiner positiven Lebenseinstellung nach wie vor als Vorbild.

Göttingen, den 22. Juli 2014

Dominik Franzki

Inhaltsüberblick

Vorwort	VII
Inhaltsüberblick	IX
Inhaltsverzeichnis	XI
Abkürzungsverzeichnis.....	XIX
Einleitung.....	1
Kapitel 1: Geschichte des Arzthaftungsrechts im Überblick	5
I. Geschichte des Behandlungsvertrages	5
II. Geschichte der Einwilligung und Aufklärung	10
III. Geschichte der Beweiserleichterungen im Arzthaftungsprozess	17
IV. Normierungsbestrebungen im Arzthaftungsrecht	24
Kapitel 2: Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung der Patientenrechte.....	29
I. Bisherige Bindungswirkung der Rechtsprechungsgrundsätze	30
II. Regelungsbedarf aus verfassungsrechtlicher Sicht.....	35
III. Regelungsbedarf aus rechtspolitischer Sicht	42
IV. Zwischenergebnis	45
Kapitel 3: Inhalt und Einzelkritik der §§ 630a ff. BGB.....	47
I. Allgemeines zum neuen Untertitel „Behandlungsvertrag“	47
II. Vertragstypische Pflichten beim Behandlungsvertrag, § 630a BGB.....	57
III. Anwendbare Vorschriften, § 630b BGB	83
IV. Zusammenwirken und Informationspflichten, § 630c BGB.....	86
V. Einwilligung, § 630d BGB	111
VI. Selbstbestimmungsaufklärung und Erläuterungspflicht, § 630e BGB	124
VII. Dokumentation der Behandlung, § 630f BGB.....	146

VIII. Einsichtnahme in die Behandlungsdokumentation, § 630g BGB	158
IX. Beweislastverteilung im Arzthaftungsprozess, § 630h BGB	164
X. Auswirkungen der §§ 630a ff. BGB auf das Deliktsrecht.....	184
XI. Unberücksichtigt gebliebene Reformvorschläge	188
Kapitel 4: Gesamtbewertung und Ausblick.....	195
I. Bewertung des Gesetzes	195
II. Ausblick auf die Zukunft des Arzthaftungsrechts	198
Literaturverzeichnis	201

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis.....	XIX
Einleitung	1
Kapitel 1: Geschichte des Arzthaftungsrechts im Überblick.....	5
I. Geschichte des Behandlungsvertrages.....	5
1. Die verschiedenen Ansichten zum Vertragstypus des Behandlungsvertrages zu Beginn des 20. Jahrhunderts	6
a) Behandlungsvertrag als Dienst- oder Werkvertrag.....	7
b) Behandlungsvertrag als Vertrag <i>sui generis</i> mit dienstvertragsähnlichem Charakter	8
c) Äußerungen der Rechtsprechung zum Vertragstypus	9
2. Schlussfolgerungen aus der Geschichte des Behandlungsvertrages für die weitere Untersuchung.....	10
II. Geschichte der Einwilligung und Aufklärung.....	10
1. Entwicklung der Einwilligung	10
2. Entwicklung der Aufklärungspflicht.....	12
a) Die Anfänge der Aufklärungspflicht zu Beginn des 20. Jahrhunderts	12
b) Die Weiterentwicklung der Aufklärungspflicht nach 1945.....	12
aa) Der Streit über die Aufklärungspflicht zwischen den Ärzten und der Rechtsprechung.....	13
bb) Ausdifferenzierung der Aufklärungspflicht	15
3. Schlussfolgerungen aus der Geschichte der Einwilligung und Aufklärung für die weitere Arbeit.....	16
III. Geschichte der Beweiserleichterungen im Arzthaftungsprozess	17
1. Anscheinsbeweis.....	17
2. Beweisvereitelung	18
3. Dokumentationsmangel.....	19
4. Befunderhebungs- und Befundsicherungsmängel.....	20
5. Beweislastumkehr beim groben Behandlungsfehler	21
a) Rechtsprechungsentwicklung seit den 1930er Jahren.....	21
b) Begründung der Beweislastsonderregel durch die Rechtsprechung.....	22

6. Beweiserleichterung bei voll beherrschbaren Behandlungsrisiken.....	23
7. Schlussfolgerungen aus der Geschichte der Beweiserleichterungen für die weitere Untersuchung.....	23
IV. Normierungsbestrebungen im Arzthaftungsrecht.....	24
Kapitel 2: Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung der Patientenrechte.....	29
I. Bisherige Bindungswirkung der Rechtsprechungsgrundsätze.....	30
1. Einordnung in die Kategorien Richterrecht und Gewohnheitsrecht.....	30
a) Erfüllung der zeitlichen Komponente des Gewohnheitsrechts.....	31
b) Die allgemeine Rechtsüberzeugung der Normadressaten.....	32
aa) Heileingriff als rechtfertigungsbedürftige Körperverletzung.....	32
bb) Pflicht zur Selbstbestimmungsaufklärung.....	32
cc) Beweislastumkehr beim groben Behandlungsfehler.....	33
c) Zwischenergebnis.....	34
2. Bindungswirkung von Richterrecht.....	34
3. Zwischenergebnis.....	35
II. Regelungsbedarf aus verfassungsrechtlicher Sicht.....	35
1. Expliziter Regelungsauftrag aus dem Grundgesetz.....	36
2. Regelungsauftrag aus den grundrechtlichen Schutzpflichten und der Wesentlichkeitstheorie.....	36
a) Regelungsauftrag aus den grundrechtlichen Schutzpflichten.....	36
aa) Regelungsauftrag aus dem Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit.....	37
bb) Regelungsauftrag aus dem Selbstbestimmungsrecht.....	38
b) Regelungspflicht aus dem Wesentlichkeitsgrundsatz.....	39
3. Regelungspflicht aus Gründen der Gewaltenteilung oder der Rechtssicherheit.....	40
a) Regelungspflicht aus Aspekten der Gewaltenteilung.....	40
b) Regelungspflicht aus Aspekten der Rechtssicherheit.....	41
4. Zwischenergebnis.....	42
III. Regelungsbedarf aus rechtspolitischer Sicht.....	42
IV. Zwischenergebnis.....	45

Kapitel 3: Inhalt und Einzelkritik der §§ 630a ff. BGB	47
I. Allgemeines zum neuen Untertitel „Behandlungsvertrag“	47
1. Verortung der Patientenrechte im Bürgerlichen Gesetzbuch.....	47
2. Entscheidung des Streits über die Rechtsnatur des Behandlungs- verhältnisses zwischen Kassenpatient und Vertragsarzt	48
a) Rechtsverhältnis öffentlich-rechtlicher Natur (sog. Versorgungskonzeption).....	49
b) Privatrechtlicher Vertrag (sog. Vertragskonzeption)	50
c) Entscheidung des Streits durch den Gesetzgeber	51
3. § 280 Abs. 1 BGB als Haftungsnorm im Behandlungsvertragsrecht	52
4. Anwendbarkeit der §§ 630a ff. BGB auf die Behandlung von Bewusst- losen, Geschäftsunfähigen und beschränkt Geschäftsfähigen.....	54
a) Die Behandlung von Bewusstlosen in Notfallsituationen.....	54
b) Die Behandlung von Geschäftsunfähigen und beschränkt Geschäftsfähigen	55
c) Keine Änderungen durch das Patientenrechtgesetz.....	56
5. Anwendbarkeit der §§ 630a ff. BGB in zeitlicher Hinsicht	57
II. Vertragstypische Pflichten beim Behandlungsvertrag, § 630a BGB	57
1. Qualifizierung als dienstvertragsähnliches Verhältnis	58
a) Verträge im Grenzbereich zwischen Behandlungsvertrags- und Werkvertragsrecht	59
aa) Verträge über kosmetische Behandlungen.....	60
bb) Sonstige Verträge im Grenzbereich zwischen Behandlungs- und Werkvertrag.....	63
b) Zwischenergebnis.....	64
2. Die Vertragsparteien	64
a) Einbeziehung des Krankenhauses in das Arzt-Patienten-Verhältnis	64
aa) Die Vertragstypen bei stationärer Behandlung nach neuem Recht.....	65
bb) Haftungsausschluss des Krankenhausträgers im Wege der Vertragsgestaltung bei Wahlleistungspatienten	66
cc) Zwischenergebnis	69
b) Die Begriffe des „Behandelnden“ und des „Patienten“.....	69
3. Andere Berufsgruppen als Human- und Zahnmediziner im Anwendungsbereich der §§ 630a ff. BGB.....	70
a) Schaffung neuer Pflichten für Psychotherapeuten und Angehörige sonstiger Heilberufe durch deren Einbeziehung in die §§ 630a ff. BGB	71

aa) Die Geltung arztrechtlicher Pflichten und Beweisgrundsätze bei Psychotherapeuten.....	72
bb) Die Geltung arztrechtlicher Pflichten und Beweisgrundsätze bei Hebammen	73
cc) Die Geltung arztrechtlicher Pflichten und Beweisgrundsätze bei Physiotherapeuten	75
dd) Die Geltung arztrechtlicher Pflichten und Beweisgrundsätze bei Heilpraktikern.....	76
b) Zwischenergebnis.....	77
4. Einhaltung des anerkannten fachlichen Standards (Abs. 2).....	78
a) Fachlicher Standard in der Ärzteschaft	79
b) Fachlicher Standard bei den sonstigen Heilberufen	80
c) Abweichen vom fachlichen Standard	81
III. Anwendbare Vorschriften, § 630b BGB.....	83
1. Arbeitsrechtliche und werkvertragliche Vorschriften	83
2. Näheres zu den anwendbaren Dienstvertragsvorschriften	84
IV. Zusammenwirken und Informationspflichten, § 630c BGB	86
1. Zusammenwirkensobliegenheit (Abs. 1).....	86
2. Therapeutische Aufklärung (Abs. 2 Satz 1)	89
a) Abgrenzung zwischen therapeutischer Aufklärung und Selbstbestimmungsaufklärung.....	89
b) Patientenbrief 90	
3. Fehleroffenbarungspflicht (Abs. 2 Satz 2 und 3).....	91
a) Erkennbare Umstände	93
b) Bewertung des Behandlungsgeschehens als „fehlerhaft“	94
aa) Argumente für eine Bewertungspflicht.....	94
bb) Argumente gegen eine Bewertungspflicht.....	95
cc) Zwischenergebnis	97
c) Umfang des Beweisverwertungsverbotes in § 630c Abs. 2 Satz 3 BGB.....	97
aa) Erstreckung des Beweisverwertungsverbots auf Angehörige des Behandlenden.....	98
bb) Fernwirkung des Beweisverwertungsverbots	98
d) Rechtsfolgen des Verstoßes gegen die Offenbarungspflicht.....	99
e) Zusammenfassung und Bewertung der Fehleroffenbarungspflicht.....	101
4. Wirtschaftliche Aufklärung (Abs. 3)	102
a) Unterschiedlicher Umfang der wirtschaftlichen Aufklärung bei privat und gesetzlich Versicherten.....	102

b) Kenntnis der Unsicherheit der Kostenübernahme oder Anhaltspunkte hierfür.....	103
c) Die Individuellen Gesundheitsleistungen (IGeL).....	104
aa) Aktuelle Rechtslage nach dem Patientenrechtegesetz.....	105
bb) Nicht aufgenommene Reformvorschläge hinsichtlich der Individuellen Gesundheitsleistungen	106
d) Textform der wirtschaftlichen Aufklärung (Abs. 3 Satz 1) und weitergehende Formanforderungen (Abs. 3 Satz 2)	108
e) Rechtsfolge bei nicht ordnungsgemäßer wirtschaftlicher Aufklärung.....	109
5. Ausnahmen vom Informations- bzw. Aufklärungserfordernis (Abs. 4)....	110
V. Einwilligung, § 630d BGB.....	111
1. Einordnung der Einwilligung im Vertragsrecht.....	111
a) Bisherige Rechtslage.....	111
b) Rechtslage nach dem Patientenrechtegesetz	112
2. Einwilligungsfähigkeit (Abs. 1 Satz 2)	113
a) Einwilligung beim Minderjährigen.....	113
b) Einwilligung bei unter Betreuung stehenden Personen	117
3. Mutmaßliche Einwilligung (Abs. 1 Satz 4).....	118
4. Vertraglicher Schmerzensgeldanspruch bei unwirksamer Einwilligung.....	119
a) Eingriffsspezifische Wundschmerzen	119
b) Übergehung des Patientenwillens	120
5. Änderungen an § 630d BGB im Verlauf des Gesetzgebungsprozesses.....	122
a) Der Begriff der „medizinischen Maßnahme“ in § 630d Abs. 1 Satz 1 BGB.....	122
b) Einfügung von § 630d Abs. 1 Satz 3 und Abs. 3 BGB.....	123
6. § 630d BGB als Rechtfertigungsgrund im Strafrecht.....	123
VI. Selbstbestimmungsaufklärung und Erläuterungspflicht, § 630e BGB	124
1. Inhalt der Aufklärung (Abs. 1)	125
2. Formelle Anforderungen an die Umstände der Aufklärung (Abs. 2).....	127
a) Mündlichkeit der Aufklärung und Person des Aufklärenden (Nr. 1).....	127
b) Rechtzeitigkeit der Aufklärung (Nr. 2).....	130
c) Verständlichkeit der Aufklärung (Nr. 3)	131
aa) Erforderlichkeit der Hinzuziehung eines Übersetzers	132
bb) Keine Übernahme der Übersetzungskosten durch die Krankenversicherer.....	133

d) Pflicht zur Aushändigung von Abschriften von unterzeichneten Aufklärungs- und Einwilligungsunterlagen (Abs. 2 Satz 2).....	135
e) Formularaufklärung bei geringfügigen Eingriffen gemäß § 630e Abs. 2 Satz 2 BGB-RefE – nicht ins Gesetz aufgenommen	136
3. Ausnahmen vom Aufklärungserfordernis (Abs. 3)	138
a) Unaufschiebbarkeit der Behandlung.....	138
b) Aufklärungsverzicht	139
c) Weitere Ausschlussgründe.....	140
4. Aufklärung des Einwilligungsberechtigten (Abs. 4)	142
5. Erläuterung der medizinischen Maßnahme gegenüber dem Einwilligungsunfähigen (Abs. 5)	143
a) Inhalt der Regelung	143
b) Rechtsfolge bei einem Verstoß gegen die Erläuterungspflicht	144
VII. Dokumentation der Behandlung, § 630f BGB	146
1. Dokumentationszwecke.....	146
2. Pflicht zur Dokumentation in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang (Abs. 1 Satz 1)	147
3. Pflicht zur Kenntlichmachung von Veränderungen an der Patientenakte (Abs. 1 Satz 2 und 3).....	149
a) Gewährleistung der Erkennbarkeit des ursprünglichen Inhalts	149
b) Angabe des Änderungszeitpunkts	150
c) Technische Gewährleistung der Manipulationssicherheit	150
4. Inhalt der Dokumentationspflicht (Abs. 2)	153
5. Aufbewahrungspflicht (Abs. 3).....	154
a) Inhalt der gesetzlichen Regelung	154
b) Vertragliche Begrenzung der Aufbewahrungsdauer	156
aa) Individualvertragliche Begrenzung	156
bb) Formularmäßige Begrenzung.....	157
VIII. Einsichtnahme in die Behandlungsdokumentation, § 630g BGB.....	158
1. Umfang des Einsichtnahmerechts	159
2. Begründungspflicht bei Ablehnung der Einsichtnahme (Abs. 1 Satz 2)	160
3. Modalitäten der Einsichtnahme (Abs. 1 Satz 3, Abs. 2)	161
4. Einsichtsrechte der Erben und der nächsten Angehörigen (Abs. 3).....	162
5. Einsichtnahmerecht des Rechnungshofes	163

IX. Beweislastverteilung im Arzthaftungsprozess, § 630h BGB.....	164
1. Beweislastumkehr bei voll beherrschbaren Behandlungsrisiken (Abs. 1).....	165
a) „Allgemeines“ Behandlungsrisiko.....	165
b) Reichweite der Vermutung und Gegenbeweis.....	165
c) Bedeutung der Vermeidbarkeit und Erkennbarkeit für die Beweisregel.....	166
2. Beweislastverteilung hinsichtlich der Einwilligung und Aufklärung (Abs. 2).....	167
a) Umfang der Beweisregel (Abs. 2 Satz 1).....	168
aa) Widerruf der Einwilligung.....	168
bb) Einwilligungsfähigkeit.....	169
b) Berufung auf die hypothetische Einwilligung (Abs. 2 Satz 2).....	169
3. Beweislastumkehr bei Dokumentationsmängeln (Abs. 3).....	170
a) Umfang der Beweisregel.....	171
aa) Argumente für eine Begrenzung der Beweislastumkehr auf die Fälle der Nichtdokumentation.....	171
bb) Argumente für eine allgemeine Beweislastumkehr.....	172
cc) Zwischenergebnis.....	172
b) Folgen der Beweislastumkehr bei sonstigen Dokumentationspflichtverstößen.....	173
aa) Nicht rechtzeitige Behandlungsdokumentation.....	173
bb) Änderung der Patientenakte ohne Bestehenlassen des ursprünglichen Inhalts.....	174
cc) Nichtkenntlichmachung des Änderungszeitpunkts.....	174
dd) Nichtgewährleistung der technischen Manipulationssicherheit....	175
4. Beweislastumkehr bei unzureichender Befähigung des Behandelnden (Abs. 4).....	176
a) Anforderungen an die Darlegung und den Beweis der Vermutungsgrundlage.....	177
b) Umfang der Beweislastumkehr.....	177
c) Notwendigkeit der eigenständigen Beweisregel des § 630h Abs. 4 BGB.....	178
5. Beweislastumkehr beim groben Behandlungsfehler und beim einfachen Befunderhebungs- bzw. Befundsicherungsfehler (Abs. 5).....	179
a) Beweislastumkehr beim groben Behandlungsfehler (Abs. 5 Satz 1).....	179
b) Beweislastumkehr beim einfachen Befunderhebungs- bzw. Befundsicherungsfehler (Abs. 5 Satz 2).....	182

X. Auswirkungen der §§ 630a ff. BGB auf das Deliktsrecht	184
1. Bedeutung der einzelnen Regelungen der §§ 630a ff. BGB für das Deliktsrecht	185
2. Bewertung und Ausblick auf die zukünftige Entwicklung des Verhältnisses von vertraglicher zu deliktischer Arzthaftung	187
XI. Unberücksichtigt gebliebene Reformvorschläge.....	188
1. Beweislastumkehr bei einfachen Behandlungsfehlern	189
2. Herabsetzung des Beweismaßes und Proportionalhaftung.....	189
3. Versicherungslösung und Entschädigungsfonds	191
Kapitel 4: Gesamtbewertung und Ausblick.....	195
I. Bewertung des Gesetzes.....	195
II. Ausblick auf die Zukunft des Arzthaftungsrechts.....	198
Literaturverzeichnis	201

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere(r) Ansicht
Abl.	Amtsblatt
abl.	ablehnend
ÄBl.	Ärzteblatt
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a. E.	am Ende
a. F.	alte Fassung
AG	Amtsgericht
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AHRS	Arzthaftpflicht-Rechtsprechung
Alt.	Alternative
AMG	Arzneimittelgesetz
AOK	Allgemeine Ortskrankenkasse
Art.	Artikel
ArztR	Zeitschrift für Arztrecht
Aufl.	Auflage
AWMF	Arbeitsgemeinschaft der Wissenschaftlichen Medizinischen Fachgesellschaften e.V.
Az.	Aktenzeichen
BAG	Bundesarbeitsgericht
BÄK	Bundesärztekammer
BB	Betriebs-Berater (Zeitschrift)
Bd.	Band
BeckRS	Beck-Rechtsprechung
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BKK	Betriebskrankenkasse
BMV-Ä	Bundesmantelvertrag – Ärzte
BR-Drs.	Bundesratsdrucksache
BSG	Bundessozialgericht
bspw.	beispielsweise

BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
ca.	cirka
c.i.c.	culpa in contrahendo
DÄ	Deutsches Ärzteblatt
ders.	derselbe
dies.	dieselbe(n)
d. h.	das heißt
DJT	Deutscher Juristentag
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
dt.	deutsch
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche
EGL	Ergänzungslieferung
EKV	Bundesmantelvertrag Ärzte/Ersatzkassen
etc.	et cetera
e. V.	eingetragener Verein
f./ ff.	folgend/ folgende
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
gem.	gemäß
GesR	Gesundheitsrecht
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GOÄ	Gebührenordnung für Ärzte
GOZ	Gebührenordnung für Zahnärzte
h. M.	herrschende Meinung
HGB	Handelsgesetzbuch
Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz

i. d. F.	in der Fassung
i. d. R.	in der Regel
IGeL	Individuelle Gesundheitsleistungen
IGES	Internationales Gesundheitsinstitut GmbH
InfAuslR	Informationsbrief Ausländerrecht (Zeitschrift)
insb.	insbesondere
i. S. d.	im Sinne des/der
i. V. m.	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter
JR	Juristische Rundschau
JURA	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
KBV	Kassenärztliche Bundesvereinigung
KG	Kammergericht
LG	Landgericht
MBO-Ä	Musterberufsordnung für die in Deutschland tätigen Ärztinnen und Ärzte
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht
Med. Klinik	Medizinische Klinik (Zeitschrift)
MedR	Medizinrecht (Zeitschrift)
MünchKomm	Münchener Kommentar
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
Nds. ÄBl.	Niedersächsisches Ärzteblatt
n. F.	neue Fassung
NHebG	Niedersächsisches Hebammengesetz
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungs-Report
Nr.	Nummer
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NVwZ-RR	NVwZ-Rechtsprechungs-Report
NZS	Neue Zeitschrift für Sozialrecht

o. A.	ohne Angabe
OLG	Oberlandesgericht
OLGR	OLG-Report
OVG	Oberverwaltungsgericht
RefE	Referentenentwurf
RegE	Regierungsentwurf
RG	Reichsgericht
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rn.	Randnummer
RöV	Röntgenverordnung
S.	Seite
Seuffbl.	Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten
SGB	Sozialgesetzbuch
SGb	Die Sozialgerichtsbarkeit (Zeitschrift)
SigG	Signaturgesetz
sog.	sogenannte
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
StrlSchV	Strahlenschutzverordnung
TFG	Gesetz zur Regelung des Transfusionswesens
TPG	Transplantationsgesetz
u. a.	unter anderem
u. Ä.	und Ähnliche
Urt.	Urteil
v.	vom/von
Var.	Variante
VersR	Versicherungsrecht (Zeitschrift)
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
VuR	Verbraucher und Recht (Zeitschrift)
VSSR	Vierteljahresschrift für Sozialrecht

WarnRspr.	Die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts von Warneyer
WIdO	Wissenschaftliches Institut der AOK
z. B.	zum Beispiel
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZfS	Zeitschrift für Schadensrecht
Ziff.	Ziffer
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
zit.	zitiert
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess

Einleitung

„Medico eventus mortalitatis imputari non debet, sed quod per imperitiam commisit, ei debet imputari. – Dem Arzt darf man die Tatsache der Sterblichkeit nicht anlasten, aber was er durch Unvermögen verursacht, das ist ihm zurechenbar.“¹

Dieser Rechtssatz aus den Digesten, der bis heute nichts an seiner Richtigkeit eingebüßt hat, bringt ein Grunddilemma des Arzthaftungsrechts zum Ausdruck. Der Arzt darf einerseits nicht für Eingriffskomplikationen haftbar gemacht werden, die aus der Unberechenbarkeit des menschlichen Organismus herrühren, andererseits ist es nur recht und billig, wenn er für vermeidbare Fehler bei seiner Berufsausübung zur Verantwortung gezogen wird. Es ist deshalb seit jeher Aufgabe des Arzthaftungsrechts, eine Struktur zu gewähren, die für jeden Einzelfall sicherstellt, dass berechnete – auf Arztfehlern beruhende – Patientenansprüche durchgesetzt werden können, unberechtigte Ansprüche hingegen erfolglos bleiben. Die Entwicklung eines Haftungssystems, das diesen Maximen gerecht wird, wurde in den letzten rund eineinhalb Jahrhunderten von der juristischen Lehre und der Rechtsprechung vorangetrieben. Der Gesetzgeber hingegen hielt sich bis

¹ Aus den Digesten (dig. 7, 1, 18, 6), zitiert nach *Valentini*, Corpus Juris – Medicio-Legale, S. 200.

zum Erlass des Patientenrechtegesetzes am 20. Februar 2013² aus diesem Entwicklungsprozess heraus.

Die juristische Literatur erkannte erstmals in Person von *Zimmermann* im Jahre 1856, dass „Streitigkeiten zwischen Aerzten und Patienten (...) in der Theorie noch sehr wenig Beachtung gefunden“³ hätten und daher eine dogmatische Grundlage für das Arzthaftungsrecht geschaffen werden müsse. Die folgende juristische Auseinandersetzung⁴ veranlasste *Kollbrunner* bereits weniger als 50 Jahre später (1903) zu der Einschätzung, dass das von *Zimmermann* festgestellte juristische Defizit im Arztrecht in der Zwischenzeit „sattsam gedeckt“ worden sei.⁵ Entgegen letzterer Ansicht sah die übrige juristische Literatur auch in der Folgezeit das Bedürfnis, sich ausführlich mit dem Arzthaftungsrecht auseinanderzusetzen.⁶ Die (strafrechtliche) Rechtsprechung musste sich erstmals gegen Ende des 19. Jahrhunderts mit dem Arzt-Patienten-Verhältnis beschäftigen. Bis heute wegweisend – auch für die zivile Arzthaftung – ist ein Urteil des Reichsgerichts vom 31. Mai 1894, in welchem die ärztliche Heilbehandlung als rechtfertigungsbedürftige Körperverletzung eingestuft wurde.⁷ Zivilrechtliche Urteile bildeten allerdings noch bis nach dem zweiten Weltkrieg eher die Ausnahme. Eine Ursache hierfür ist wohl darin zu sehen, dass Menschen früher Krankheiten als Schicksal hinzunehmen gewohnt waren und ein übermäßiges, geradezu blindes Vertrauen in ihren Arzt hatten.⁸ Seit Ende der 1950er Jahre hat das Arzthaftungsrecht zunehmend auch in zivilrechtlichen Gerichtssälen Einzug gehalten, ohne dass eine konkrete höchstrichterliche Entscheidung als Auslöser festzumachen wäre.⁹ Bis heute steigen die Verfahrenszahlen im Bereich des Arzthaftungsrechts, was Zeugnis des enormen Bedeutungszuwachses dieses Rechtsgebiets ist.¹⁰

Während sich Literatur und Rechtsprechung intensiv mit dem Arzthaftungsrecht auseinandersetzten, hielt sich der Gesetzgeber mit einer Normierung dieses

² Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten vom 20.2.2013, in Kraft seit dem 26.2.2013 (BGBl. I, S. 277).

³ *Zimmermann*, AcP 56, 222 (222).

⁴ Siehe etwa *Hefke*, Arch. für prakt. Rechtswissenschaft 14 (1885), 1 ff.; *Flügge*, Das Recht des Arztes; *Oppenheim*, Das ärztliche Recht zu körperlichen Eingriffen an Kranken und Gesunden.

⁵ *Kollbrunner*, Die rechtliche Stellung des Arztes, S. VII. Die Gründe, die ihn zu dieser Einschätzung veranlasst haben, nennt *Kollbrunner* leider nicht. Er gibt lediglich an, dass die Stellung des Arztes im Zivilrecht, Strafrecht und öffentlichen Recht durch entsprechende Publikationen zwischenzeitlich wissenschaftlich fixiert worden sei.

⁶ Als Beispiele seien nur einige Dissertationen zu diesem Themenbereich vom Beginn des 20. Jahrhunderts genannt: *Teufel*, Der Arztvertrag; *Hagemeyer*, Die Ansprüche des Arztes; *H.Schmidt*, Der Behandlungs-Vertrag.

⁷ RGSt 25, 375.

⁸ *H.Franzke*, MedR 1994, 171 (172).

⁹ *Helbron*, Entwicklungen und Fehlentwicklungen im Arzthaftungsrecht, S. 15; vgl. *Riegger*, Die historische Entwicklung der Arzthaftung, S. 161.

¹⁰ Vgl. zur Bedeutungszunahme auch Kap. 2 III.

Rechtsgebiets, ganz anders als in anderen Bereichen des Medizinrechts,¹¹ zurück. Anregungen zu gesetzgeberischem Tätigwerden von Seiten der juristischen Literatur wurden nicht aufgegriffen und auch die Schuldrechtsmodernisierung wurde nicht zum Anlass genommen das Arzthaftungsrecht zu kodifizieren.¹²

Nicht wenig überraschend¹³ kam daher der Umschwung des Gesetzgebers diese „Regelungslücke“¹⁴ mit dem am 26. Februar 2013 in Kraft getretenen Patientenrechtegesetz zu schließen. Dieses Gesetz versucht sich an der großen Aufgabe der Kodifizierung eines ganzen Rechtsgebiets, das im Fall des Arzthaftungsrechts zudem noch über einen sehr langen Zeitraum ausschließlich von Rechtsprechung und Literatur geformt wurde. Dabei drängen sich, wie stets bei derart umfassenden gesetzgeberischen Projekten, Fragen nach der Reichweite der Einzelregelungen, deren Qualität und nach der Behandlung offen gebliebener sowie neu entstehender Problemlagen auf. Diesen Fragen wird sich die vorliegende Arbeit widmen und, soweit erforderlich, Lösungen zu den erkannten Problemstellungen anbieten. Dabei wird sich die Analyse auf die §§ 630a bis h BGB konzentrieren, um nicht durch die Besprechung ebenfalls geänderter sozialrechtlicher Vorschriften den wesentlichen Kern des Patientenrechtegesetzes – die Implementierung des Behandlungsvertrags als Vertragstypus im Bürgerlichen Gesetzbuch – aus den Augen zu verlieren. Im Rahmen der Untersuchung wird zunächst als Grundlage die Geschichte der zentralen arzthaftungsrechtlichen Regeln überblicksweise dargestellt (Kapitel 1). Im Weiteren wird die Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung aus verfassungsrechtlicher und rechtspolitischer Sicht erörtert (Kapitel 2). Den Schwerpunkt der Arbeit bildet die rechtliche Analyse der einzelnen §§ 630a bis h BGB (Kapitel 3). Diese Untersuchungen münden in eine Gesamtbewertung des Gesetzes und einen Ausblick auf die weitere Entwicklung des Arzthaftungsrechts (Kapitel 4).

¹¹ In einigen Bereichen des Medizinrechts kann man fast von einer „überschwänglichen Normierungsfreude“ der Legislative sprechen. Als Beispiele umfangreicher gesetzlicher Regelungen auf dem Rechtsgebiet des Medizinrechts können das SGB V, das AMG und das TPG dienen.

¹² Siehe insbesondere das Gutachten für das Bundesministerium der Justiz von *Deutsch/Geiger*, Der medizinische Behandlungsvertrag.

¹³ Bei genauerer Betrachtung des Entwicklungsprozesses des Patientenrechtegesetzes nimmt die Überraschung allerdings etwas ab. Denn bevor die Regierungskoalition aus CDU/CSU und FDP ihrerseits die Gesetzesinitiative ergriff, hatte die SPD-Bundestagsfraktion einen entsprechenden Antrag vorgelegt.

¹⁴ Siehe zur Frage, inwieweit es sich tatsächlich um eine Lücke im Gesetz gehandelt hat, Kap. 2 I.

Kapitel 1

Geschichte des Arzthaftungsrechts im Überblick

I. Geschichte des Behandlungsvertrages

Bei der Kodifizierung des vertraglichen Arzthaftungsrechts in den §§ 630a ff. BGB kommt dem Behandlungsvertrag als Zentralbegriff eine besondere Bedeutung zu. Zum Verständnis der rechtlichen Kategorie „Behandlungsvertrag“ muss zunächst das tatsächliche Arzt-Patienten-Verhältnis in seiner Entwicklung kurz beleuchtet werden. Die Arzt-Patienten-Beziehung in ihrer schlichtesten Form – ein Heilkundiger hilft einem Kranken – ist keine Errungenschaft der Hochkulturen, sondern existiert, wie Krankheiten und Verletzungen, seit Menschengedenken. Medizinische Behandlungen, die früher häufig mit magisch-religiösen Riten verbunden waren, wurden von Personen mit hohem Ansehen vorgenommen, weshalb das Arzt-Patienten-Verhältnis religiös-autoritär geprägt war. Erst Hippokrates, der für einen vorläufigen Höhepunkt der Medizin steht, unternahm den teils erfolgreichen Versuch, die Medizin von den religiösen Elementen zu trennen und die wissenschaftliche Erkenntnis und Analyse in den Mittelpunkt zu stellen.¹⁵ Dies änderte allerdings nichts daran, dass sich das Arzt-Patienten-Verhältnis als

¹⁵ Siehe *Schmidt/Strobal* in: *Humane Orientierungswissenschaft*, S. 31 (35); *Eckart*, *Geschichte der Medizin*, S. 31.

Autoritätsbeziehung weiterentwickelte.¹⁶ Ein Wandel der Arzt-Patienten-Beziehung von einem paternalistisch-autoritären zu einem partnerschaftlichen Verhältnis vollzog sich erst im 20. Jahrhundert.¹⁷

Einer rechtlichen Betrachtung wurde das Arzt-Patienten-Verhältnis erstmals zur Zeit der Römer unterzogen. Insofern sind insbesondere zwei Textstellen in den Digesten von Bedeutung (dig. 9, 2, 7, 8 und dig. 50, 13, 1, 1). Während erstere die Behandlungstätigkeit als „locatio conductio operarum“ fasst, was inhaltlich dem heutigen Dienstvertrag entspricht,¹⁸ wird in letzterer Fundstelle die ärztliche Tätigkeit der wissenschaftlichen Berufstätigkeit der Juristen und Philosophen gleichgestellt.¹⁹ Danach handelte es sich bei der Arzt-Patienten-Beziehung um ein Mandatsverhältnis.²⁰ Die im römischen Recht entwickelten Unterschiede der rechtlichen Bewertung der Behandlungsverhältnisse blieben bis ins 19. Jahrhundert bestehen²¹ und wirkten sich auch nach Schaffung des Bürgerlichen Gesetzbuches weiter aus. Denn im Rahmen der Arbeiten am Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuches war nicht eindeutig geklärt worden, welchem Vertragstypus der Behandlungsvertrag unterfallen sollte, weshalb sich zu Beginn des 20. Jahrhunderts eine Vielzahl von Ansichten zum Vertragstyp des Behandlungsvertrages herausbildete.

1. Die verschiedenen Ansichten zum Vertragstypus des Behandlungsvertrages zu Beginn des 20. Jahrhunderts

Teilweise wurde angedacht, den Behandlungsvertrag als Auftragsverhältnis einzuordnen.²² Diese Ansicht stieß jedoch schnell auf weitgehende Ablehnung, da die Unentgeltlichkeit des Auftrags als unpassend angesehen wurde.²³ Das Arzthonorar hätte allenfalls über § 670 BGB (Aufwendungsersatz) begründet werden können. Zudem war die Vorschusspflicht des § 669 BGB damals wie heute unüblich. Daneben wurde teilweise vertreten,²⁴ es handele sich beim Arztvertrag um einen Geschäftsbesorgungsvertrag mit dienst- oder werkvertraglichem Charakter. Die Ursprünge dieser Ansicht wurzeln dabei in der römischrechtlichen Sichtweise des Arztvertrages als Mandatsvertrag. Da die §§ 675 BGB aber auf die nicht passen-

¹⁶ Vgl. *Brügge*, Haftungsrecht, S. 487.

¹⁷ Näher dazu *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 10 ff.; *ders.* in: *Laufs/Katzenmeier/Lipp*, Arztrecht, Kap. V Rn. 1.

¹⁸ *Honsell*, Römisches Recht, S. 144.

¹⁹ *Kollbrunner*, Die rechtliche Stellung des Arztes, S. 72; vgl. auch *Zimmermann*, AcP 56, 222 (225).

²⁰ *Hagemeyer*, Die Ansprüche des Arztes, S. 22.

²¹ *Hagemeyer*, Die Ansprüche des Arztes, S. 23.

²² Vgl. *Nolte*, Die Ansprüche gegen den Ehemann, S. 1.

²³ *Hagemeyer*, Die Ansprüche des Arztes, S. 23; *H.Schmidt*, Der Behandlungs-Vertrag, S. 15.

²⁴ *Helwig*, Stellung des Arztes, S. 20 f.; siehe auch *Joachim/Korn*, Deutsches Ärztrecht, Bd. 1, S. 354, die etwa eine ärztliche Auskunftspflicht über §§ 675, 666 BGB begründen wollten.

den Auftragsvorschriften verweisen, wurde diese Auffassung ebenfalls überwiegend abgelehnt.²⁵

a) Behandlungsvertrag als Dienst- oder Werkvertrag

In der Literatur bildeten sich unmittelbar nach Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuchs zwei Hauptströmungen zur rechtlichen Einordnung des Behandlungsvertrages heraus. Eine Ansicht plädierte dafür, den Arztvertrag als Dienstvertrag einzuordnen (sog. „Dienstvertragstheorie“).²⁶ Eine andere Ansicht wollte das Behandlungsverhältnis zumindest dann dem werkvertraglichen Regelungsregime unterwerfen, wenn eine konkrete Operation geschuldet wurde (sog. „Werkvertragstheorie“).²⁷

Vorwegzunehmen ist, dass einige medizinische Verträge schon zu Anfang des 20. Jahrhunderts nahezu unbestritten unter das Werkvertragsrecht subsumiert wurden.²⁸ Dies galt insbesondere für Verträge über die Erstattung von medizinischen Gutachten und über die Anfertigung von Prothesen.²⁹

Bezüglich der Rechtsnatur der übrigen Behandlungsverträge wurde für den Vertragstypus Werkvertrag vorgebracht, dass der Arzt nicht nach der Dauer der Tätigkeit, wie bei Dienstverträgen üblich, bezahlt werde.³⁰ Auch spreche der Zeitpunkt der Bezahlung, der typischerweise erst nach der Behandlung liege, für den Werkvertrag.³¹ Daneben wurde darauf verwiesen, dass bei der Vornahme einer Operation ein Erfolg geschuldet sei. Hinsichtlich der Erfolgsbezogenheit von Operationen wird erneut die historische Entwicklung des Arzt-Patienten-Verhältnisses sichtbar. Im Alten Rom war der chirurgische Eingriff, der wohl als Grundform aller Operationen angesehen werden kann, ein ärztliches Handwerk und damit erfolgsabhängig.³² Diese Erfolgsabhängigkeit sollte nach der Werkvertragstheorie auch nach Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuchs (für Operationen aller Art) fortgelten. Es wurde zwar erkannt, dass der Erfolg nicht in der Heilung des Patienten bestehen kann, weil ein Eingriff in den körperlichen Organis-

²⁵ Nolte, Die Ansprüche gegen den Ehemann, S. 4.

²⁶ Rümelin, Dienstvertrag und Werkvertrag, S. 94; Kabl, JW 1930, 1545 (1545); Hagemeyer, Die Ansprüche des Arztes, S. 31; H.Schmidt, Der Behandlungs-Vertrag, S. 23; Ebermayer, Der Arzt im Recht, S. 72; Leonhard, Besonderes Schuldrecht, 2. Bd., S. 197; Oertmann/Oertmann., BGB, § 611, 1 b).

²⁷ Lotmar, Der Arbeitsvertrag, Bd. 2, S. 433 und 878 f. (Behandlungsverhältnis ist nahezu immer Werkvertrag); Nolte, Die Ansprüche gegen den Ehemann, S. 6; Enneccerus/Kipp/Wolff, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. 1, Teil 2, S. 459; Riezler, Der Werkvertrag, S. 92; v. Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. 3 (Schuldrecht), S. 593 (Fn. 7).

²⁸ Die genannten Verträge werden auch heute nach ganz überwiegender nach Werkvertragsrecht behandelt.

²⁹ Vgl. dazu Teufel, Der Arztvertrag, S. 5; Hagemeyer, Die Ansprüche des Arztes, S. 25; H.Schmidt, Der Behandlungs-Vertrag, S. 16.

³⁰ Lotmar, Der Arbeitsvertrag, Bd. 2, S. 878 ff.

³¹ Lotmar, Der Arbeitsvertrag, Bd. 2, S. 877 ff.

³² Hagemeyer, Die Ansprüche des Arztes, S. 21; Kollbrunner, Die rechtliche Stellung des Arztes, S. 73; vgl. auch Geiger, Gesetzliche Regelung des medizinischen Behandlungsvertrages, S. 2.

mus zu viele Unwägbarkeiten mit sich bringt,³³ aber dennoch schuldete der Arzt nach dieser Auffassung einen Erfolg, der in einer *lege artis* durchgeführten Operation lag.³⁴

Gerade letztere Aussage stieß bei den Gegnern der Werkvertragstheorie auf Kritik. In der schlichten Vornahme der vertragsmäßig zugesagten Tätigkeit (bspw. der Entfernung des Blinddarms) könne kein Erfolg i. S. d. § 631 Abs. 2 BGB gesehen werden.³⁵ Die Komplexität des Eingriffs und möglicherweise intraoperativ erforderlich werdende Abweichungen vom Operationsplan ließen eine Festlegung eines konkreten Erfolges nicht zu. Daneben führe die Einführung von Zwischenerfolgen (einzelne Operationen) innerhalb des Behandlungsverlaufs als Ganzem zu einer Missdeutung des werkvertraglichen Erfolgsbegriffs.³⁶ Zuletzt wurde der Werkvertragstheorie vorgeworfen, dass Ärzte, die eine Operation aus medizinischen Gründen (beispielsweise wegen zu starker Schwächung des Patienten) abbrechen müssen, auf diese Weise um ihr Honorar gebracht würden.³⁷

Als Argument für die Dienstvertragstheorie wurde hingegen vorgebracht, dass der Arztvertrag vom Gesetzgeber in den Gesetzesmaterialien³⁸ gerade als Beispiel für „Dienste aufgrund besonderen Vertrauens“ im Sinne des § 627 BGB genannt wurde. Die Anwendbarkeit des § 627 BGB auf den Behandlungsvertrag sei deshalb erforderlich, weil nur auf diese Weise sichergestellt werde, dass beide Seiten ohne Frist kündigen können, was sowohl im Interesse des Arztes als auch des Patienten dringend vonnöten sei.³⁹ Das Argument, dass das Dienstvertragsrecht dem Patienten auch die persönliche Behandlung durch den Arzt sichert (§ 613 BGB),⁴⁰ wurde damals noch nicht vorgebracht.

b) Behandlungsvertrag als Vertrag sui generis mit dienstvertragsähnlichem Charakter

Weitere Stimmen in der juristischen Literatur des frühen 20. Jahrhunderts sahen im Behandlungsvertrag einen weder unmittelbar unter die Normen des Dienst- noch des Werkvertrags passenden Vertrag *sui generis*.⁴¹ Dieser Vertragstypus sollte sich allerdings an die dienstvertraglichen Regelungen anlehnen. Gegen eine direkte Anwendung des Dienstvertragsrechts wendeten die Vertreter dieser Auffassung

³³ Vgl. *Enneccerus/Kipp/Wolff*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. 1, Teil 2, S. 459.

³⁴ *Enneccerus/Kipp/Wolff*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. 1, Teil 2, S. 459; *Kohler*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2, Teil 1, S. 365; *Lotmar*, Der Arbeitsvertrag, Bd. 2, S. 433.

³⁵ Vgl. *H.Schmidt*, Der Behandlungs-Vertrag, S. 18.

³⁶ *H.Schmidt*, Der Behandlungs-Vertrag, S. 17.

³⁷ *Rümelin*, Dienstvertrag und Werkvertrag, S. 94; *Ebermayer*, Der Arzt im Recht, S. 73.

³⁸ *Achilles/Gebhard/Spahn*, Protokolle zur zweiten Lesung des BGB, Bd. 2, S. 302 f.; so auch *Teufel*, Der Arztvertrag, S. 3.

³⁹ *Ebermayer*, Der Arzt im Recht, S. 73; *Leonhard*, Besonderes Schuldrecht, Bd. 2, S. 212; selbstverständlich darf aber der Arzt nicht zur Unzeit kündigen (vgl. § 627 Abs. 2 BGB).

⁴⁰ So heute z. B. *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 141.

⁴¹ *Staudinger/Kober*, BGB, Bd. 2, 2. Aufl. (1906), Vorbem. vor § 611, IV 1 c); vgl. *Loewenwarter/o.A.*, BGB, § 611 a. E.

vor allem ein, dass nach den §§ 611 ff. BGB der Arzt den Weisungen des Patienten Folge zu leisten hätte. Die Gegenäußerung der Dienstvertragstheorie, dass die Weisungen des Patienten nur als grobe Arbeitsanweisungen zu verstehen seien, innerhalb derer der Arzt nach den Regeln der ärztlichen Kunst verfahren könne, vermochte die Vertreter dieser Ansicht nicht zu überzeugen.⁴²

c) Äußerungen der Rechtsprechung zum Vertragstypus

Die Rechtsprechung zum Ende des 19. und Beginn des 20. Jahrhunderts war bezüglich des Vertragstypus des Behandlungsvertrages uneinheitlich. Teilweise wurde der Vertrag zwischen Arzt und Patienten insgesamt als Dienstvertrag angesehen.⁴³ Zumeist wurde er aber, soweit er die Vornahme einer Operation zum Gegenstand hatte, als Werkvertrag eingestuft.⁴⁴ Im Jahre 1936 ließ das RG diesen Konflikt trotz der Gelegenheit, ihn höchststrichterlich zu entscheiden, bewusst offen.⁴⁵ Der BGH bezog erst mit zwei Urteilen in den Jahren 1975 und 1980 dahingehend Stellung, dass auch bei einer Operation regelmäßig ein Dienstvertrag vorliege.⁴⁶ Erst im Anschluss an diese beiden Entscheidungen wurde aus der seit Beginn des 20. Jahrhunderts stets leicht überwiegenden⁴⁷ Dienstvertragstheorie eine ganz herrschende Meinung.⁴⁸ Diese verfestigte sich bis zum Inkrafttreten des Patientenrechtegesetzes weiter.⁴⁹ Allerdings darf nicht übersehen werden, dass sich parallel dazu die Ansicht, die das Behandlungsverhältnis als Vertrag *sui generis*

⁴² Hagemeyer, Die Ansprüche des Arztes, S. 24.

⁴³ RG, JW 1888, 29 (29); RGZ 99, 35 (36); OLG München, Seuffbl. 70 (1905), 181 (182).

⁴⁴ OLG Augsburg, Seuffbl. 72 (1907), 501 (501); zu weiteren Nachweisen vgl. Neumann, Jahrbuch des dt. Rechts, 4. Jahrgang, Ziff. 1 zu § 631.

⁴⁵ RGZ 151, 351 (352).

⁴⁶ BGH, NJW 1975, 305 (306) mit abl. Anm. Jakobs, NJW 1975, 1437, dagegen ebenfalls LG Hannover, AHRS 0160/4 und BGH, NJW 1980, 1452 (1453); ohne sich festzulegen diskutierte der BGH in einem Fall ohne Bezug zu einer Operation, ob ein Behandlungsvertrag ein Dienstvertrag oder Vertrag *sui generis* ist, BGH, NJW 1959, 811. Sofern rein (zahn-)technische Leistungen mangelhaft sind, so ist diesbezüglich das werkvertragliche Mängelrecht anwendbar, NJW 1975, 305 (305). Daneben existieren noch Entscheidungen von Oberlandesgerichten, die ebenso den Arztvertrag als Dienstvertrag ansehen: OLG Düsseldorf, FamRZ 1975, 100 (100); OLG Zweibrücken, NJW 1983, 2094 (2094).

⁴⁷ Für die leicht überwiegende Auffassung zu Beginn des 20. Jahrhunderts siehe Tenfel, Der Arztvertrag, S. 2 f. m. w. N.

⁴⁸ Siehe beispielsweise Putzo, der in Palandt/Putzo, 40. Aufl. (1981), Einf v § 611, 2) a) bb) den Behandlungsvertrag als Dienstvertrag ansieht und dies als h. M. bezeichnet. Noch bis zur Voraufgabe vertrat er die Ansicht, dass bei einer Operation in der Regel ein Werkvertrag vorliege, vgl. Palandt/Putzo, 39. Aufl. (1980), Einf v § 611, 2) a) bb).

⁴⁹ Aus der Rechtsprechung: OLG Zweibrücken, GesR 2012, 503 (504); KG, MedR 2010, 35 (35); OLGR Hamburg 2006, 120 (121). Aus der Literatur: Bamberger/Roth/Fuchs, BGB, § 611 Rn. 16; MünchKomm/Müller-Glöge, BGB, § 611 Rn. 79 m.w.N.; weiterhin kritisch, dabei auch eine werkvertragliche Einordnung mit in Betracht ziehend, im Ergebnis für einen Vertrag *sui generis*, Staudinger/Richardi/Fischinger, Vorbem. zu § 611 Rn. 53 f.

mit dienstvertragsähnlichem Charakter qualifizierte, ebenfalls einer nicht unansehnlichen Anhängerzahl erfreute.⁵⁰

2. Schlussfolgerungen aus der Geschichte des Behandlungsvertrages für die weitere Untersuchung

Im Rahmen der rechtlichen Betrachtung des § 630a BGB wird festzustellen sein, wie der Gesetzgeber diese unterschiedlichen Sichtweisen zur Qualifizierung des Behandlungsvertrages in Einklang gebracht hat.⁵¹ Bedeutsam ist dabei vor allem, ob und inwieweit die vom Gesetzgeber vorgenommene Qualifizierung Auswirkungen auf Grenzfälle der Bestimmung des Vertragstyps hat,⁵² bspw. auf die vertragstypologische Einordnung kosmetischer Behandlungen.

II. Geschichte der Einwilligung und Aufklärung

Die Entwicklungsgeschichte der Einwilligung und Aufklärung ist deutlich jünger als die des Behandlungsvertrages. An ihr lässt sich unschwer der Wandel vom paternalistisch-autoritären zum partnerschaftlichen Arzt-Patienten-Verhältnis ablesen.⁵³

1. Entwicklung der Einwilligung

Bis ins 19. Jahrhundert trat der Arzt dem Patienten als ein Experte gegenüber, dessen Entscheidungen nur selten in Frage gestellt wurden.⁵⁴ Eine ausdrückliche Einwilligung in einen ärztlichen Eingriff wurde nicht verlangt. Der Eingriff war zumindest solange legitim, wie der Patient nicht widersprach.⁵⁵ Dass diese Ansicht in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts bröckelte, zeigt sich eindrucksvoll an einer – für die juristische Literatur wohl erstmals von *Deutsch*⁵⁶ fruchtbar gemachten – Erinnerung *Bismarcks*.⁵⁷ Danach wollten Ärzte den an Kehlkopfkrebs erkrankten Thronfolger und späteren Kaiser *Friedrich III.* betäuben und, ohne ihn

⁵⁰ *Deutsch/Geiger*, Der medizinische Behandlungsvertrag, S. 1049 (1095); *Geiger*, Gesetzliche Regelung des medizinischen Behandlungsvertrages, S. 177; *Jung*, Recht auf Gesundheit, S. 162 ff.; *Luig* in: Vertragsschuldverhältnisse (1974), S. 225 (227).

⁵¹ Siehe dazu Kap. 3 II. 1.

⁵² Siehe dazu eingehend Kap. 3 II. 1. a).

⁵³ Ausführlich dazu *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 10 ff.; *ders.* in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, Kap. V Rn. 1; vgl. auch *Damm*, JZ 1998, 926 (928).

⁵⁴ *Ackerknecht*, Geschichte der Medizin, S. 19; *v.Uexküll/Wesiack*, Theorie der Humanmedizin, S. 426 ff.

⁵⁵ *Noack/Fangerau* in: Geschichte, Theorie und Ethik der Medizin, S. 77 (83); vgl. auch *Katzenmeier* in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, Kap. V Rn. 2.

⁵⁶ *Deutsch*, VersR 1981, 293 (293); *ders.*, Arztrecht und Arzneimittelrecht (1983), Rn. 53; die Bedeutung der beschriebenen Begebenheit für die medizinische Wissenschaft erkannte *Bismarck* selbst, vgl. *Bismarck*, Gedanken und Erinnerungen, Bd. 2, S. 306.

⁵⁷ *Bismarck*, Gedanken und Erinnerungen, Bd. 2, S. 306.

davon in Kenntnis zu setzen, am Kehlkopf operieren. *Bismarck* intervenierte und verlangte, dass nicht ohne die Einwilligung des Patienten und die Zustimmung des Kaisers gehandelt werden dürfe. Der von diesen Umständen unterrichtete Kaiser untersagte die Operation ohne die ausdrückliche Einwilligung seines Sohnes. Ob die Operation, nach Einwilligung des Thronfolgers, stattgefunden hat, ist nicht überliefert. Sicher ist jedoch, dass Kaiser *Friedrich III.* am besagten Kehlkopfkrebs nach einer nur 99 Tage währenden Regentschaft im Jahre 1888 verstarb.

Am 31. Mai 1894⁵⁸ und damit nur wenige Jahre nach der soeben geschilderten Begebenheit erging in einer Strafsache eine bis heute folgenreiche Entscheidung des Reichsgerichts zur Einwilligung in den ärztlichen Heileingriff. In dem Fall, der dieser Entscheidung zugrunde lag, hatte ein Oberarzt einem siebenjährigen Mädchen, welches an einer tuberkulösen Vereiterung des Fußwurzelknochens litt, den Fuß amputiert, obwohl der Vater diesem Eingriff ausdrücklich widersprochen hatte. Das Reichsgericht sah, trotz der medizinischen Indikation, im ärztlichen Heileingriff eine tatbestandsmäßige Körperverletzung. Die Körperverletzung hätte allenfalls durch eine Einwilligung in den Eingriff seitens des Vaters der Patientin gerechtfertigt werden können.

Wenig überraschend stieß diese Entscheidung gerade, aber nicht allein, in Ärztekreisen aufgrund der „Stigmatisierung“ der ärztlichen Heilbehandlung als Körperverletzung auf massive Kritik.⁵⁹ Diese ist bis heute, insbesondere im strafrechtlichen Schrifttum, weit verbreitet.⁶⁰ Dass sich die medizinische Wissenschaft und Lehre nicht so ohne weiteres der neuen Rechtsprechung beugen wollte, zeigt besonders bemerkenswert ein auflagenstarkes Chirurgielehrbuch von 1897, welches drei Jahre nach der Entscheidung in Ausnahmefällen eine Operation gegen den ausdrücklichen Willen des Patienten für zulässig erachtete.⁶¹ Diese Einschätzung zeigt, dass sich unter Ärzten zunächst das autoritäre (paternalistische) Verständnis des Arzt-Patienten-Verhältnisses hielt. Die Rechtsprechung rückte trotz aller Kritik nicht von ihrem Standpunkt ab, die ärztliche Heilbehandlung als rechtfertigungsbedürftige Körperverletzung einzustufen.⁶² Dieses Modell wurde von den Zivilsenaten des Reichsgerichts auch für das Deliktsrecht übernommen.⁶³ In der Folgezeit musste sich die Rechtsprechung „nur noch“ zu Einzelproblemen der

⁵⁸ RGSt 25, 375.

⁵⁹ *Stoß*, Chirurgische Operation und ärztliche Behandlung (1898), S. 9; *ders.* DJZ 1899, 184 (184); zur Kritik von ärztlicher Seite, vgl. *Stenglein*, DJZ 1899, 106 (106 [Fn. 1]).

⁶⁰ Statt vieler für die strafrechtliche Literatur: Schönke/Schröder/*Eser*, StGB, § 223 Rn. 30 ff. m. w. N.; die Entscheidung des Reichsgerichts von 1894 als „verfehlten Denkansatz“ bezeichnet *E. Schmidt* in: Gutachten zum 44. DJT, 1 (31); zusammenfassend zur Kritik: *Deutsch*, NJW 1965, 1985 (1986).

⁶¹ *Tillmanns*, Lehrbuch der allgemeinen und speciellen Chirurgie, Bd. 1, S. 13.

⁶² RGSt 38, 34 (35).

⁶³ RG, JW 1907, 505; RGZ 68, 431; RG, JW 1911, 449; RGZ 85, 183.

Einwilligung, etwa zur mutmaßlichen Einwilligung⁶⁴ oder zur bis heute umstrittenen Einwilligung beim Minderjährigen,⁶⁵ äußern.

2. Entwicklung der Aufklärungspflicht

a) Die Anfänge der Aufklärungspflicht zu Beginn des 20. Jahrhunderts

Der Aspekt der ärztlichen Aufklärung fand zunächst wenig Aufmerksamkeit.⁶⁶ Im Jahre 1912 bezog der III. Zivilsenat des Reichsgerichts erstmals zur ärztlichen Aufklärungspflicht Stellung.⁶⁷ Er lehnte diese entgegen der Vorinstanz ab, weil sie sich nicht „aus der Übung der pflichtgetreuen und sorgfältigen Vertreter des ärztlichen Berufes“⁶⁸ herleiten lasse und weil zu befürchten sei, dass Patienten vor erforderlichen Operationen zurückschrecken.⁶⁹ Eine genaue dogmatische Einordnung der Aufklärungspflicht nahm das Reichsgericht in dieser Entscheidung nicht vor. Es sprach lediglich davon, dass den Beklagten kein „Verschulden“ wegen der Nichtaufklärung treffe.⁷⁰ Erneut in den Fokus der Rechtsprechung geriet die ärztliche Aufklärungspflicht in den 1930er Jahren. Sie wurde zunächst vom Reichsgericht als vertragliche oder quasivertragliche Beratungspflicht gefasst.⁷¹ Wenig später stellte das Reichsgericht wegweisend fest, dass die Aufklärung Voraussetzung für eine wirksame Einwilligung ist.⁷²

b) Die Weiterentwicklung der Aufklärungspflicht nach 1945

In der Nachkriegszeit gewann das Thema der ärztlichen Aufklärungspflicht ganz erheblich an Bedeutung. Die Gründe hierfür sind ausgesprochen vielfältig. Einerseits wurde im Anschluss an die Verkündung des Grundgesetzes dem aus dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht hergeleiteten Selbstbestimmungsrecht eine größere Bedeutung zugemessen.⁷³ Andererseits machten differenziertere Operations-

⁶⁴ Beispielsweise BVerfG, NJW 2002, 206; OLG München, NJW-RR 2002, 811; OLG Frankfurt, AHRS 1040/300; OLG Hamm, OLGR 2001, 309 (310).

⁶⁵ Vgl. etwa BGH, NJW 2007, 217 (218); OLG Köln, AHRS 1025/302. Hierzu ausführlich Kap. 3 V. 2. a).

⁶⁶ Siehe *Obh*, volenti non fit iniuria – Die Einwilligung im Privatrecht, S. 374; Katzenmeier in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, Kap. V Rn. 2.

⁶⁷ RGZ 78, 432.

⁶⁸ RGZ 78, 432 (434).

⁶⁹ RGZ 78, 432 (434); an dieser Rechtsprechung hielt das RG zunächst fest, vgl. RG, WarnRspr. 1920, Nr. 109.

⁷⁰ RGZ 78, 432 (433).

⁷¹ Vertraglich: RG, JW 1932, 3328; quasi-vertraglich (c.i.c.): RGZ 103, 47.

⁷² RGZ 163, 129 (137); RGZ 168, 206 (213).

⁷³ Für die verfassungsrechtliche Verankerung der Aufklärung ist das sog. Myomurteil bekannt geworden, BGHSt 11, 111; auch die zivilrechtliche Rechtsprechung erkannte früh (aber noch ohne Bezug zum Arzt-Patienten-Verhältnis) die verfassungsrechtliche Bedeutung des Selbstbestimmungsrechts an, vgl. BGHZ 13, 334, st. Rspr.; aus der juristischen Literatur: E.Schmidt in: Gutachten zum

techniken und Behandlungsmethoden eine Auswahl zwischen verschiedenen Behandlungsalternativen mit entsprechend unterschiedlichen Risiken möglich.⁷⁴ Des Weiteren entwickelte sich in der Nachkriegszeit die Aufklärungspflichtverletzung neben dem Behandlungsfehler zu einem zweiten, wenigstens gleichwertigen Anknüpfungspunkt ärztlicher Haftung.⁷⁵ Viele zivilrechtliche Verfahren bei denen eine Verletzung der Aufklärungspflicht gerügt wurde, waren und sind bis heute, wie auch der Bundesgerichtshof einräumt,⁷⁶ eigentlich Kunstfehlerprozesse, bei denen der Behandlungsfehler nicht erfolgreich nachgewiesen werden kann.⁷⁷ Nicht zuletzt führte auch eine von der Rechtsprechung herbeigeführte Verschärfung der Anforderungen an die ärztliche Aufklärung zu einem Anstieg der Prozesszahlen in diesem Bereich.⁷⁸

aa) Der Streit über die Aufklärungspflicht zwischen den Ärzten und der Rechtsprechung

Ebendiese Steigerung der Voraussetzungen an die ärztliche Aufklärung beschwor auch massive Meinungsverschiedenheiten zwischen der medizinrechtlichen Rechtsprechung und der Ärzteschaft herauf. Ihren Ursprung nahm dieser Streit im sog. „Ersten Elektroschockurteil“ des Bundesgerichtshofs vom 10. Juli 1954.⁷⁹ Mit dieser Entscheidung setzte der Bundesgerichtshof die Rechtsprechung des Reichsgerichts⁸⁰ fort, wonach der Arzt den Patienten über den Eingriff auch dann aufklären muss, wenn eine Verschlechterung der Stimmung oder sogar des Allgemeinbefindens des Patienten durch die Aufklärung zu befürchten ist.⁸¹ Dieses Urteil stieß unter Ärzten auf vehemente Kritik.⁸² Dies ist insofern überraschend, als es sich lediglich um eine Übernahme der bisherigen Reichsgerichtsrechtsprechung handelte. Ärztevertreter sprachen dennoch von einer „lebensfernen und unärztlichen Ausdehnung der ärztlichen Aufklärungspflicht“⁸³ und von einem „unmöglichen Postulat“ mit dem eine „Absurdität zum Prinzip erhoben“ werde,

44. DJT, 1 (41); *Brüggemeier* spricht von „verfassungsrechtlicher Aufwertung der Patientenautonomie“ (*Brüggemeier*, Haftungsrecht, S. 487).

⁷⁴ Vgl. hierzu *Ehlers*, Die ärztliche Aufklärung vor medizinischen Eingriffen, S. 16; *Helbron*, Entwicklungen und Fehlentwicklungen im Arzthaftungsrecht, S. 82.

⁷⁵ So auch *Wachsmuth/Schreiber*, NJW 1981, 1985 (1985); *Damm*, JZ 1998, 926 (928); *Katzenmeier* in: *Laufs/Katzenmeier/Lipp*, Arztrecht, Kap. V Rn. 1.

⁷⁶ BGH, NJW 1978, 587 (588).

⁷⁷ So auch *E.Schmidt* in: Gutachten zum 44. DJT, 1 (118); *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 404; *H.Franzki*, MedR 1994, 171 (176).

⁷⁸ *H.Franzki*, MedR 1994, 171 (173 und 176); *Helbron*, Entwicklungen und Fehlentwicklungen im Arzthaftungsrecht, S. 82; zum Anstieg der Entscheidungen zur ärztlichen Aufklärungspflicht allgemein: *Kim*, Aufklärungspflicht im Arztrecht, S. 27 m. w. N.

⁷⁹ BGH, NJW 1956, 1106.

⁸⁰ RGZ 163, 129 (138).

⁸¹ BGH, NJW 1956, 1106 (1107).

⁸² *Neidhardt*, NJW 1956, 1097; *Stauder*, Med. Klinik 50 (1955), 168; *v.Baeyer*, Med. Klinik 50 (1955), 169; *Perret*, Med. Klinik 50 (1955), 773 (774).

⁸³ *Stauder*, Med. Klinik 50 (1955), 168 (168).

sodass zweifelnde Patienten um Heilungschancen beraubt würden.⁸⁴ Von Ärzteseite wurde verlangt, dass das „Ob“ und „Wie“ der Aufklärung in das Ermessen der Ärzte gestellt werden müsse, weil nur diese sich sachverständig darüber äußern könnten, ob durch eine Aufklärung seelische oder körperliche Schäden beim Patienten zu befürchten seien.⁸⁵

Mit der Kritik der Ärzteschaft beschäftigte sich der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs im sog. „Zweiten Elektroschockurteil“ von 1958 ausführlich.⁸⁶ Er hielt aber im Ergebnis an seiner Rechtsprechung fest.⁸⁷ Der Forderung der Ärzte, das „Ob“ der Aufklärung als gerichtlich nicht überprüfbare (ärztliche) Ermessensentscheidung auszugestalten, wurde ausdrücklich eine Absage erteilt.⁸⁸ Daneben führte der Senat eine Verschärfung der Aufklärungspflicht herbei. Entscheidend für die Aufklärungsbedürftigkeit eines Risikos sollte nunmehr nicht (wie bisher) nur die Komplikationsdichte sein. Maßgeblich war nach der neuen Sichtweise des Bundesgerichtshofs auch die Typizität eines Risikos für einen Eingriff.⁸⁹ Das bedeutete, dass auch sehr seltene Risiken aufklärungsbedürftig wurden, wenn sie für einen Eingriff typisch waren.⁹⁰ Auch diese Entscheidung wurde von der Ärzteschaft kritisiert und befeuerte damit, ebenso wie die bestätigenden Folgeurteile,⁹¹ weiter den Streit zwischen den Ärzten und der Rechtsprechung.⁹²

Ihren Höhepunkt erreichte die Meinungsverschiedenheit in den sechziger und siebziger Jahren des vorigen Jahrhunderts.⁹³ Anknüpfend an die neue Rechtsprechung, nach der Komplikationsdichte und Gefahrtypizität als zentrale Kriterien zur Ermittlung der Aufklärungsbedürftigkeit eines Risikos herangezogen wurden,⁹⁴ stieg der Umfang der zu leistenden Aufklärung ganz erheblich an.⁹⁵ Dies

⁸⁴ v. Baeyer, Med. Klinik 50 (1955), 169 (169).

⁸⁵ Stander, Med. Klinik 50 (1955), 168 (168); Neidhardt, NJW 1956, 1097 (1098). Interessant ist insofern eine Entscheidung des Reichsgerichts (RG, JW 1937, 3087), die ebenfalls die Einräumung ärztlichen Ermessens vorsah.

⁸⁶ BGHZ 29, 46.

⁸⁷ BGHZ 29, 46 (53 ff.) und auch explizit BGHZ 29, 176 (180) – Strahlenurteil.

⁸⁸ BGHZ 29, 46 (57); zugunsten des Arztes bestehe allenfalls bzgl. des „Wie“ der Aufklärung ein Ermessensspielraum, BGHZ 29, 176 (184). Zur Aufklärung als Rechtsfrage, NJW 1973, 556 (557); BGH, NJW 1976, 363 (364).

⁸⁹ Vgl. BGHZ 29, 46 (60).

⁹⁰ Eine Grenze wollte der Bundesgerichtshof nur dort annehmen, wo Schäden lediglich in „entfernten seltenen Fällen auftreten und anzunehmen ist, dass sie bei einem verständigen Patienten für seinen Entschluss, in die Behandlung einzuwilligen, nicht ernsthaft ins Gewicht fallen.“ (BGHZ 29, 46 [60]; so auch in der Folge BGH, NJW 1963, 393 [394]).

⁹¹ BGHZ 29, 176 – Strahlenurteil; BGH, NJW 1961, 2203; BGH, NJW 1963, 393.

⁹² Siehe dazu Giesen, Arzthaftungsrecht, Rn. 346; Kuhlendahl, DÄ 1978, 1984 ff. und 2003 ff. bezeichnete den Streit in der Überschrift seiner Stellungnahme zu ebendieser Meinungsverschiedenheit gar als „Kalten Krieg“.

⁹³ Helbron, Entwicklungen und Fehlentwicklungen im Arzthaftungsrecht, S. 89 f.

⁹⁴ Brüggemeier, Haftungsrecht, S. 498.

⁹⁵ Während im Jahr 1961 eine Aufklärung bei einer Komplikationsdichte von 50:1 nicht für nötig gehalten wurde (BGH, VersR 1961, 1039 [1040]), wurde 1980 ein Risiko mit der Eintrittswahr-

mündete in dem Vorwurf der Ärzteschaft, die Rechtsprechung erweitere den Umfang der Aufklärungspflicht aus Mitleid mit dem Patienten und damit aus einem verständlichen aber im Ergebnis falschen Motiv heraus.⁹⁶

Auch wenn der Streit zwischen den Ärzten und der Rechtsprechung bis heute nicht völlig beigelegt ist,⁹⁷ ließ die Vehemenz, mit der er geführt wurde, seit den achtziger Jahren des vorigen Jahrhunderts deutlich nach.⁹⁸ Dies lässt sich zum einen mit der Befriedigungskraft eines Urteils des Bundesverfassungsgerichts erklären, welches die richterrechtliche Ausformung der ärztlichen Aufklärungspflicht weitgehend billigte.⁹⁹ Zum anderen setzte sich in Deutschland, wie auch in anderen Industriestaaten, das Konzept der informierten Zustimmung¹⁰⁰ als medizinethisches Modell der Arzt-Patienten-Beziehung durch.¹⁰¹ Zudem verlor der Streit zwischen den Ärzten und der Rechtsprechung wohl auch deshalb an Heftigkeit, weil schlicht die Streitbereitschaft der Mediziner mit der Zeit abnahm – ein Verhalten, welches man von juristischer Seite schon von Berufs wegen kaum erwarten konnte.

bb) Ausdifferenzierung der Aufklärungspflicht

Die Rechtsprechung zur Selbstbestimmungsaufklärung entwickelte sich seit den 1980er Jahren rasant weiter. Der Bundesgerichtshof musste zu etlichen Einzelfragen hinsichtlich des Umfangs und der Modalitäten der Aufklärung Stellung beziehen. Nur beispielhaft seien hier die Aufklärung über Behandlungsalternativen¹⁰², der Zeitpunkt der Aufklärung¹⁰³ und die Aufklärung beim wissenden Patienten¹⁰⁴

scheinlichkeit von 2000:1 als aufklärungsbedürftig angesehen, weil es für den Eingriff typisch war (BGH, NJW 1980, 1905 [1907]).

⁹⁶ Siehe hierzu *Hausch*, VersR 2009, 1178 (1179 und 1193); *Wachsmuth/Schreiber*, NJW 1981, 1985 (1985).

⁹⁷ Vgl. *Katzenmeier* in: *Laufs/Katzenmeier/Lipp*, *Arztrecht*, Kap. V Rn. 63; *H.Franzki*, *MedR* 1994, 171 (175): „Selbst nach jahrzehntelanger Diskussion, in der man sich durchaus ernsthaft um gegenseitiges Verständnis bemüht hat, sind die Gräben nicht zugeschüttet.“

⁹⁸ Ebenso: *Noack/Fangerau* in: *Geschichte, Theorie und Ethik der Medizin*, S. 77 (90); *Laufs* in: *Laufs/Kern*, *Handbuch des Arztrechts*, § 57 Rn. 13.

⁹⁹ BVerfGE 52, 131 (167).

¹⁰⁰ Im amerikanischen Common Law spricht man von „informed consent“. Leitentscheidung diesbezüglich ist das Urteil des US Court of Appeals (DC Cir.) *Canterbury v. Spence* (464 F 2d 772) von 1972, die eine „duty to inform“ einführte und deren schuldhaftige Verletzung als „medical malpractice“ bezeichnete. Aus dem englischen Common Law zur „duty to inform“ vgl. *Chatterton v. Gerson* [1981] 1 All ER 257.

¹⁰¹ *Noack/Fangerau* in: *Geschichte, Theorie und Ethik der Medizin*, S. 77 (90).

¹⁰² BGHZ 106, 391; BGH, NJW 1989, 2313; *Geiß/Greiner*, *Arzthaftpflichtrecht*, Kap. C Rn. 25 ff. m. zahlr. w. N.

¹⁰³ Erste Entscheidungen bereits in den 1960er Jahren: OLG Düsseldorf, AHRS 5400/1; Verdichtung dieser Rechtsprechung in den 1980er Jahren: OLG Celle, NJW 1979, 1251 (1252) m. abl. Anm. *Wachsmuth*; BGH, VersR 1983, 957 (958); NJW 1985, 1399 (1400); NJW 1992, 2351 (2351); NJW 1994, 3009 (3010 f.).

¹⁰⁴ BGH, NJW 1984, 1807 (1808); BGH, NJW 1994, 2414 (2415); OLG Celle, VersR 2004, 384 (384).

genannt. Diese Entscheidungen haben dazu geführt, dass eine sehr umfangreiche und detaillierte Judikatur zur Selbstbestimmungsaufklärung entstanden ist. Ebenfalls in den letzten drei Jahrzehnten wurden die Sicherungsaufklärung¹⁰⁵ und die wirtschaftliche Aufklärung¹⁰⁶ entwickelt. Diese beiden Arten der Aufklärung sind allerdings streng von der Eingriffsaufklärung zu trennen.¹⁰⁷ Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die grundsätzliche Erforderlichkeit der Aufklärung des Patienten seit den 1980er Jahren auch von Medizinerseite anerkannt wurde. Der Umfang der Aufklärung, der nur durch eine Zusammenschau zahlreicher Gerichtsentscheidungen bestimmt werden kann, wird im Einzelnen bis heute von Ärzten und Juristen kritisiert.¹⁰⁸

3. Schlussfolgerungen aus der Geschichte der Einwilligung und Aufklärung für die weitere Arbeit

Da sich bei der Einwilligung nur einige, wenige Spezialfragen stellen (etwa im Bereich der Einwilligung beim Minderjährigen und der mutmaßlichen Einwilligung), war das Risiko für den Gesetzgeber, bei der Niederlegung dieses Rechtsinstituts unbewusst von der bisherigen Rechtssituation abzuweichen, relativ gering. Daher spricht einiges dafür, dass bei der Untersuchung des § 630d BGB (Einwilligung) allenfalls in wenigen Einzelfragen Unterschiede zur alten Rechtslage festgestellt werden können.¹⁰⁹ Anders könnte sich hingegen die Situation bei der ärztlichen Aufklärungspflicht darstellen. Da diese auf einer umfangreichen Judikatur basiert¹¹⁰ muss geprüft werden, ob es dem Gesetzgeber gelungen ist, das differenzierte Modell der Rechtsprechung vollständig und sinnvoll zu übernehmen.¹¹¹ Näher untersucht werden muss auch, ob es dem Gesetzgeber geglückt ist, die Selbstbestimmungsaufklärung sinnvoll von der Sicherungs- und der wirtschaftlichen Aufklärung abzugrenzen.¹¹²

¹⁰⁵ BGH, NJW 1983, 2630.

¹⁰⁶ AG Köln, NJW 1980, 2756.

¹⁰⁷ Katzenmeier in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, Kap. V Rn. 16 f.; *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 450 ff.

¹⁰⁸ Katzenmeier in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, Kap. V, Rn. 66 f.; vgl. auch Laufs in: Laufs/Kern, Handbuch des Arzthaftungsrecht, § 57 Rn. 11 ff.

¹⁰⁹ Bei diesen Änderungen wird es sich in der Tendenz zudem eher um bewusste Modifikationen handeln.

¹¹⁰ Siehe Katzenmeier in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, Kap. V, Rn. 67.

¹¹¹ Siehe dazu Kap. 3 VI. 1.

¹¹² Eingehend dazu Kap. 3 IV. 2. a).

III. Geschichte der Beweiserleichterungen im Arzthaftungsprozess

Der Arzthaftungsprozess ist wie kein anderer Bereich des Zivilprozesses geprägt von Modifizierungen der Beweislastverteilung. Die Rechtsprechung hat gleich mehrere Beweiserleichterungen zu Gunsten des Patienten entwickelt. Hinter dieser Entwicklung steht das Motiv, Waffengleichheit im Arzthaftungsprozess herzustellen.¹¹³ Die Ungleichheit der beweisrechtlichen Positionen von Patient und Arzt ergibt sich daraus, dass dem Patienten zum einen – gerade bei Eingriffen unter Vollnarkose – die maßgeblichen Tatsachenkenntnisse fehlen und es ihm zum anderen in der Regel am zur Durchsetzung seiner Ansprüche nötigen medizinischen Fachwissen mangelt.¹¹⁴

1. Anscheinsbeweis

Als erste Beweiserleichterung zu Gunsten des Patienten im Arzthaftungsprozess ist der Anscheinsbeweis zu nennen.¹¹⁵ Dieser gesetzlich nicht niedergelegte Grundsatz wurde vom Reichsgericht 1888 allgemeingültig für den Zivilprozess unter der Bezeichnung „prima-facie-Beweis“ eingeführt.¹¹⁶ Der Anscheinsbeweis besagt, dass in Fällen, in denen ein Sachverhalt feststeht, der nach der allgemeinen Lebenserfahrung auf eine bestimmte Ursache oder einen bestimmten Geschehensablauf hindeutet, diese Ursache bzw. dieser Verlauf als bewiesen anzusehen ist, wenn der Fall das Gepräge des Üblichen und Typischen trägt.¹¹⁷ Bereits zu Beginn des 20. Jahrhunderts beschäftigte sich die Literatur intensiv mit der Anwendbarkeit des Anscheinsbeweises im Arzthaftungsprozess.¹¹⁸ Das Reichsgericht wendete den Anscheinsbeweis im Bereich des Arzthaftungsrechts erstmals im Jahr 1940 an.¹¹⁹ Es sah die Kausalität zwischen der Unterbringung im Zimmer eines

¹¹³ Vgl. zur Waffengleichheit im Arzthaftungsprozess allgemein: *H.Franzke/D.Franzke*, NJW 1975, 2225; *Kerschbaum*, Die Waffengleichheit im Arzthaftungsprozeß.

¹¹⁴ Vgl. hierzu das die Entscheidung nicht tragende Votum der Richter *Zeidler*, *Hirsch*, *Niebler* und *Steinberger*, BVerfGE 52, 131 (143ff. insb. 148); vgl. auch *Giesen*, Arzthaftungsrecht, Rn. 368. Auch medizinische Sachverständige können die Nachteile, die sich aus dem fehlenden medizinischen Fachwissen ergeben, nicht vollständig ausgleichen, vgl. BVerfG 52, 131 (148).

¹¹⁵ So z. B. *D.Franzke*, Die Beweisregeln im Arzthaftungsprozess, S. 46; *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 762.

¹¹⁶ RGZ 21, 104 (110); siehe auch RGZ 130, 357 (359); vom BGH übernommen: BGHZ 2, 1 (5). Der Anscheinsbeweis ist inzwischen gewohnheitsrechtlich anerkannt: *Musielak/Foeste*, ZPO, § 286 Rn. 24; vgl. allgemein zum Anscheinsbeweis im Arzthaftungsrecht: *Hainmüller*, Der Anscheinsbeweis; zum Anscheinsbeweis im Arzthaftungsprozess: *Berg-Winters*, Der Anscheinsbeweis im Arzthaftungsrecht.

¹¹⁷ BGHZ 100, 31 (33); BGH NJW 2004, 3623 (3623); BGH, NJW-RR 2010, 1331 (1332); Palandt/*Grüneberg*, BGB, Vorb v § 249 Rn. 130.

¹¹⁸ *Haas*, Der prima facie Beweis im Arzthaftungsprozess; *Locher*, Der prima facie Beweis in Arztprozessen.

¹¹⁹ RGZ 165, 336 (339).

Scharlachkranken und der später aufgetretenen Scharlacherkrankung des zuvor nur an einer Mandelentzündung leidenden Patienten im Wege des Anscheinsbeweises als nachgewiesen an.¹²⁰

Den Höhepunkt der Bedeutung für das Arzthaftungsrecht erreichte der Anscheinsbeweis in den 50er und 60er Jahren des vorigen Jahrhunderts. In der Folgezeit wurde der Anscheinsbeweis im Arzthaftungsprozess allerdings vielfach durch andere Beweisverteilungsgrundsätze, insbesondere durch die Beweislastumkehr beim groben Behandlungsfehler, verdrängt.¹²¹ Grund hierfür ist nicht zuletzt, dass die Voraussetzung des typischen Geschehensablaufs aufgrund der Unberechenbarkeit des menschlichen Organismus⁴ häufig nicht gegeben ist.¹²² Dennoch haben sich Fallgruppen herausgebildet, in denen der Anscheinsbeweis auch in heutigen Arzthaftungsprozessen noch von Bedeutung ist. Dies ist vor allem bei Klinik-/Praxisinfektionen¹²³, bei bestimmten Gesundheitsschäden nach Injektionen¹²⁴, beim Zurückbleiben von Gegenständen im Körper des Patienten¹²⁵ und bei der (erfolglosen) Sterilisation¹²⁶ der Fall.¹²⁷

2. Beweisvereitelung

Der Grundsatz der Beweisvereitelung wurde bereits im Jahre 1887 vom Reichsgericht erstmals angewendet und beschreibt die bewusste oder fahrlässige Zerstörung, Veränderung oder Zurückhaltung von für den Prozessgegner wichtigen

¹²⁰ Ein anderes Beispiel aus der Rechtsprechung gibt das OLG Nürnberg (MDR 1953, 483 [484]), welches nach den Grundsätzen des Anscheinsbeweises auf ein Verschulden eines Arztes schloss, dessen Patient bei einem zahnärztlichen Eingriff eine ungesicherte Nadel verschluckt hatte. Zu weiteren Beispielen: *Gaupf*, Beweisfragen im Rahmen ärztlicher Haftungsprozesse, S. 50 ff.

¹²¹ *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 779.

¹²² So auch *G.Müller*, NJW 1997, 3049 (3051f.); *Katzenmeier* in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, *Arztrecht*, Kap. XI Rn. 56.

¹²³ Vgl. hierzu RGZ 165, 336; BGH, VersR 1960, 416; OLG Köln, NJW 1985, 1402; OLG Düsseldorf, NJW-RR 1998, 170 (zur Infektion im Rahmen einer Injektion); OLG München, VersR 2011, 885.

¹²⁴ Erhebliche Schmerzen und Lähmungserscheinungen nach einer Injektion sprechen für die Anwendung einer falschen Spritztechnik, BGH, VersR 1961, 1118; so auch OLG Düsseldorf, VersR 1988, 38.

¹²⁵ BGHZ 4, 138; BGH, VersR 1956, 1060; OLG Hamm, VersR 1978, 332.

¹²⁶ Den Anscheinsbeweis ablehnend: OLG Hamm, VersR 1987, 1146; OLG Saarbrücken, VersR 1988, 831; OLG Düsseldorf, VersR 1992, 751.

¹²⁷ In allen diesen Fallgruppen wird allerdings von der Rechtsprechung der Anscheinsbeweis nur unter Berücksichtigung der Umstände des konkreten Einzelfalles zugelassen. Beim Zurückbleiben von Gegenständen im Körper des Patienten sind diese zu beachtenden Umstände beispielsweise der (ggf. komplikationsbehaftete) Operationsverlauf und die Größe der Gegenstände. Bei Infektionen wird von den Gerichten berücksichtigt, dass von Ärzten und Krankenhäusern eine völlige Keimfreiheit nicht zu leisten ist, sodass der prima-facie-Beweis nur unter zusätzlichen Voraussetzungen (bspw. längerem Kontakt zu einem Dauerausscheider) eingreift.

Dokumentationsinhalten.¹²⁸ Ein solches Verhalten zieht im Prozess eine Beweiserleichterung bis hin zur Beweislastumkehr zu Gunsten der durch das Fehlverhalten benachteiligten Partei nach sich.¹²⁹ Wenige Jahre später fand diese Beweisregel auch in arzthaftungsrechtliche Verfahren Eingang.¹³⁰ Zwar ist die Rechtsfigur der Beweisvereitelung allgemein anerkannt, eine gesetzliche Regelung besteht aber nur für Einzelfälle (§§ 427 Satz 1 und 444 ZPO). Dies wollte die Zivilprozessrechtskommission von 1977 mit § 286 Abs. 2 ZPO-Entwurf ändern. Der Vorschlag wurde aber nicht umgesetzt.¹³¹

3. Dokumentationsmangel

Die ärztliche Dokumentation hat in ihrer gerichtlichen Beurteilung eine wechselvolle Geschichte erlebt. Anfang des 20. Jahrhunderts stellte das Reichsgericht fest, dass der Patient auch im Falle einer fehlerhaften Dokumentation die Gefahr der völligen Unaufklärbarkeit des Ursachenverlaufs zu tragen habe.¹³² Im Jahre 1930 ging das Reichsgericht hingegen in einem Fall, zu dessen Aufklärung eine unauffindbare Röntgenaufnahme benötigt wurde, davon aus, dass die Nichtaufklärbarkeit infolge fehlender ärztlicher Dokumentation zu Lasten des Behandelnden gehen könne.¹³³

Diese Entscheidung führte aber nicht zu einer Anerkennung einer allgemeinen Dokumentationspflicht des Arztes. Die Krankenakte wurde lediglich als Gedächtnisstütze des Arztes angesehen, weshalb der Arzt nicht zu einer vollständigen und sorgfältigen Dokumentation verpflichtet war.¹³⁴ Ebenso wurden Herausgabeansprüche des Patienten hinsichtlich der Behandlungsdokumentation verneint¹³⁵. Im März 1978 rückte der Bundesgerichtshof im sog. „Dammsschnitturteil“¹³⁶ unter Hinweis auf die Beweisnot des Patienten von seiner bisherigen Rechtsprechung ab

¹²⁸ RGZ 20, 5 (6); siehe dort die Nachweise bzgl. älterer allerdings nicht höchstrichterlicher Entscheidungen. Allgemein zur Beweisvereitelung: *Baumgärtel*, Beweislastpraxis im Privatrecht, Rn. 111 ff.; *Schatz*, Beweisvereitelung in der Zivilprozessordnung; *Fröblich*, Die Beweisvereitelung im Zivilprozess.

¹²⁹ BGH, NJW 1998, 79 (81) m. w. N.; NJW 2004, 222 (222); BGH, NJW 2006, 434 (436).

¹³⁰ RGZ 60, 147 (152); RGZ 128, 121 (125); OLG Frankfurt am Main, JW 1934, 3299 (3299).

¹³¹ *Bundesministerium der Justiz*, Bericht der Kommission für das Zivilprozessrecht, S. 121 ff. und 332; *Fröblich*, Die Beweisvereitelung im Zivilprozess, S. 6; *Schatz*, Die Beweisvereitelung in der Zivilprozessordnung, S. 5.

¹³² RG, WarnRspr. 1922, Nr. 7; WarnRspr. 1926, Nr. 155.

¹³³ RGZ 128, 121. Da das Berufungsgericht hierzu keine Ausführungen gemacht hatte, wurde die Rechtssache an dieses zurückverwiesen, RGZ 128, 121, 125 f.; vgl. dazu auch RG v. 21.3.1935, wohl unveröffentlicht (zit. nach *Bartlakowski*, Die ärztliche Behandlungsdokumentation, S. 21 f.).

¹³⁴ BGH, VersR 1963, 168 (169); OLG Stuttgart, NJW 1958, 2118 (2119); aus der Literatur: *Bewer*, JR 1956, 11 (12); *Wiethaup*, JR 1954, 174 (175).

¹³⁵ BGH, VersR 1963, 65 (66); OLG Celle, NJW 1978, 1200; *Rieger*, NJW 1975, 2239 (2239).

¹³⁶ BGH, VersR 1978, 542; vgl. zur vorherigen Andeutung dieses Rechtsprechungswandels: BGH, VersR 1972, 887 (888).

und erkannte die Pflicht zur ärztlichen Dokumentation an.¹³⁷ Im September desselben Jahres sprach sich der 52. Deutsche Juristentag sogar dafür aus, die Dokumentationspflicht einschließlich der Herausgabeansprüche des Patienten gesetzlich zu regeln.¹³⁸ Der Gesetzgeber folgte dieser Empfehlung jedoch nicht.¹³⁹ Die Rechtsprechung äußerte sich in der Folgezeit vielfach zu diesem Themenkomplex und legte fest, dass als beweiserrechtliche Konsequenz einer nicht ordnungsgemäßen Dokumentation eine Beweiserleichterung bis hin zur Beweislastumkehr zu Gunsten des Patienten eintritt.¹⁴⁰ Diese einerseits flexible¹⁴¹ andererseits aber auch etwas unbestimmte¹⁴² Formulierung wurde von der Rechtsprechung für den Fall der unterlassenen oder fehlenden Dokumentation zu einer klaren Beweislastumkehr verdichtet.¹⁴³

4. Befunderhebungs- und Befundsicherungsmängel

In den 1980er Jahren und damit wenige Jahre nach der Statuierung der Dokumentationspflicht entwickelte der Bundesgerichtshof eine weitere arztrechtliche Beweiserleichterung zu Gunsten des Patienten.¹⁴⁴ Sie betrifft Befunderhebungs- und Befundsicherungsmängel und steht inhaltlich dem soeben erläuterten Dokumentationsfehler nahe.¹⁴⁵ Zunächst war die Rechtsprechung bei der Einräumung von Beweiserleichterungen in diesem Bereich relativ großzügig.¹⁴⁶ Später bemühte sich die Rechtsprechung um eine Eingrenzung ebendieser.¹⁴⁷ Der anfänglich „nicht gradlinige Verlauf“¹⁴⁸ der Entwicklung dieser Beweisregel mündete im Jahr 1996 in eine Entscheidung des Bundesgerichtshof, die diesem Beweisgrundsatz seine endgültige Form verlieh:¹⁴⁹ Bei einem einfachen Befunderhebungs- bzw. Befundsicherungsfehler lässt sich im Wege der Beweiserleichterung auf ein positives Be-

¹³⁷ Siehe dazu auch BGHZ 72, 132 (138) = VersR 1978, 1022.

¹³⁸ Die Regelung der Dokumentationspflicht wurde bei nur drei Gegenstimmen befürwortet, siehe Ständige Deputation des 52. DJT, Bd. 2, I 1, I 205.

¹³⁹ *Hänlein*, ArztR 2001, 315 (320); *Kubella*, Patientenrechtegesetz, S. 16.

¹⁴⁰ BGH, NJW 1984, 1403; BGH, NJW 1989, 2330 (2331); OLG Düsseldorf, NJW 2001, 900 (900).

¹⁴¹ *Wendt*, Die ärztliche Dokumentation, S. 226.

¹⁴² *Giesen*, JR 1991, 485 (486); *Muschner*, VersR 2006, 621 (622).

¹⁴³ „Diese Beweiserleichterung hilft dem Patienten (...) insoweit, als sie die Vermutung begründet, daß eine nicht dokumentierte Maßnahme vom Arzt auch nicht getroffen worden ist“ (BGH, VersR 1989, 80 [80]); siehe auch BGH, NJW 1995, 1611 (1612); VersR 1997, 362 (364).

¹⁴⁴ BGHZ 85, 212 (214 ff.) = NJW 1983, 333 (334); BGH, NJW 1987, 1482 (1483).

¹⁴⁵ So auch *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 773; hierzu ausführlich: *Harder*, Die Beweisfigur des Befunderhebungs- und Befundsicherungsfehlers im Arzthaftungsprozess, S. 87 ff.

¹⁴⁶ *Gehrlein*, Grundriss der Arzthaftpflicht, Kap. B Rn. 151; ausführlich zu dieser Entwicklung *Harder*, Die Beweisfigur des Befunderhebungs- und Befundsicherungsfehlers im Arzthaftungsprozess, S. 35 ff.

¹⁴⁷ Dazu *Katzenmeier* in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, Kap. XI Rn. 101.

¹⁴⁸ *Gehrlein*, Grundriss der Arzthaftpflicht, Kap. B Rn. 151.

¹⁴⁹ BGH, NJW 1996, 1589.

fundergebnis schließen, sofern ein solches hinreichend wahrscheinlich ist. Dass die mangelnde Befunderhebung ursächlich für den Gesundheitsschaden ist, kann daraus allein allerdings nicht gefolgert werden. Eine Beweislastumkehr bzgl. dieser Kausalitätsfrage tritt nur ein, wenn zugleich auf einen groben Behandlungsfehler¹⁵⁰ zu schließen ist, d. h. ein so deutlicher und gravierender Befund als hinreichend wahrscheinlich anzunehmen sei, dass seine Verkennung sich als fundamental oder eine Nichtreaktion als grob fehlerhaft darstellen würde.¹⁵¹ Der Grund für diese Beweiserleichterung ist die besondere Beweisnot des Patienten, die daraus folgt, dass im Haftungsprozess die Befundergebnisse nicht zur Verfügung stehen. Wenn die Ergebnisse der Befundung nicht verfügbar sind, die der eigentlichen Behandlung vorgelagert sind, wird der Nachweis einer fehlerhaften Diagnose oder Behandlung ganz erheblich erschwert.¹⁵² Diese vom Arzt zu verantwortenden Aufklärungshindernisse dürfen im Haftungsprozess nicht zu Lasten des Patienten gehen.¹⁵³

5. Beweislastumkehr beim groben Behandlungsfehler

Der größte Eingriff in die gesetzliche Beweislastverteilung wurde durch die Einführung der Beweislastumkehr im Falle eines groben Behandlungsfehlers vorgenommen. Nach dieser Beweislastsonderregel¹⁵⁴ muss ein Arzt, der einen groben Behandlungsfehler begangen hat, der geeignet ist, einen Schaden der tatsächlich eingetretenen Art herbeizuführen, beweisen, dass seine Pflichtverletzung nicht zum eingetretenen Schaden geführt hat, also der Schaden auch ohne seinen Fehler eingetreten wäre.¹⁵⁵

a) Rechtsprechungsentwicklung seit den 1930er Jahren

Ihren Ursprung nahm die Rechtsprechung zum groben Behandlungsfehler in der jüngeren Geschichte des Reichsgerichts. Im Jahre 1940 lag dem Reichsgericht ein Fall vor, in dem ein ohnehin einseitig erblindeter Patient ohne stationäre Aufnahme an seinem noch intakten Auge operiert worden war, welches in der Folge ebenfalls blind wurde.¹⁵⁶ Das Reichsgericht erläuterte unter Hinweis auf eine Entscheidung von 1937¹⁵⁷, dass im Einzelfall eine gerechte Interessenabwägung er-

¹⁵⁰ Diese Fallkonstellation ist gleichzeitig ein spezieller Unterfall des „groben Behandlungsfehlers“, vgl. BGH, NJW 2004, 2011; *Spickhoff*, NJW 2004, 2345.

¹⁵¹ BGH, NJW 1996, 1589 (1590).

¹⁵² *G.Müller*, NJW 1997, 3049 (3053); *Katzenmeier* in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, *Arztrecht*, Kap. XI Rn. 99.

¹⁵³ BGHZ 85, 212 (217); BGH, NJW 1987, 1482 (1483).

¹⁵⁴ Diese Formulierung ebenfalls verwendend *Gaupp*, *Beweisfragen im Rahmen ärztlicher Haftungsprozesse*, S. 71; *D.Franzke*, *Die Beweisregeln im Arzthaftungsprozess*, S. 60.

¹⁵⁵ BGH, NJW 2008, 1304 (1304); 2007, 2767 (2769); 2004, 2011 (2013); *VersR* 1967, 713 (713); *Katzenmeier* in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, *Arztrecht*, Kap. XI Rn. 59.

¹⁵⁶ RGZ 171, 168.

¹⁵⁷ RG, HRR. 1937 Nr. 1301.

fordere, dass „der Arzt sich wegen der Ursächlichkeit oder Mitursächlichkeit eines von ihm schuldhaft begangenen Fehlers entlasten muss“.¹⁵⁸ Dies sei insbesondere dann der Fall, wenn „der Arzt den Kranken durch unsachgemäße Behandlung bewusst oder leichtfertig einer Gefahr ausgesetzt hat, die den äußeren Umständen nach gerade die Schädigung herbeiführen konnte“.¹⁵⁹

Während der Bundesgerichtshof zu Anfang von einer echten Beweislastumkehr beim groben Behandlungsfehler ausging,¹⁶⁰ schien er dies in den 1980er Jahren relativieren zu wollen, wenn er von einer „Beweiserleichterung bis hin zur Beweislastumkehr“ sprach.¹⁶¹ In jüngeren Entscheidungen ist der Bundesgerichtshof allerdings zu seiner früheren Linie zurückgekehrt und spricht eindeutig und ausdrücklich von einer Beweislastumkehr.¹⁶² Soweit einfache Befunderhebungsfehler nach den Grundsätzen für den groben Behandlungsfehler behandelt werden, hat der Bundesgerichtshof ebenfalls klargestellt, dass eine Beweislastumkehr gegeben ist.¹⁶³

b) Begründung der Beweislastsonderregel durch die Rechtsprechung

Als Begründung für diese Beweislastumkehr beim groben Behandlungsfehler wurden von der Rechtsprechung Billigkeitserwägungen vorgebracht. Es müsse ein Ausgleich dafür geschaffen werden, dass der Arzt durch den schweren Behandlungsfehler die Gefahr der Unaufklärbarkeit des Sachverhalts selbst herbeigeführt habe.¹⁶⁴ Denn durch den groben Fehler sei das Spektrum der in Frage kommenden Ursachen für die eingetretene Schädigung verschoben und erweitert worden.¹⁶⁵ Teilweise wurde in der Literatur das Fehlen einer dogmatischen Begründung für diese Beweislastsonderregel und das Abstellen auf Billigkeitsaspekte kritisiert.¹⁶⁶ Dies ist nicht überraschend, weil durch die Verschiebung der Beweislast massiv in die prozessrechtliche Position des Arztes eingegriffen wurde. Im Ergebnis bestritten aber auch die Kritiker, die zumeist alternative Lösungsvorschläge

¹⁵⁸ RGZ 171, 168 (171).

¹⁵⁹ RGZ 171, 168 (171).

¹⁶⁰ BGH, VersR 1963, 659 (660); JZ 1967, 447 (448).

¹⁶¹ BGH, NJW 1978, 2337 (2338); BGH, NJW 1981, 2513 (2513); BGH, NJW 1988, 2303 (2304).

¹⁶² Diese Entwicklung beleuchtend und erläuternd, dass durch die „weichere“ Formulierung keine inhaltliche Änderung gewollt war: BGH, NJW 2004, 2011 (2012). Zu Fragen der Reichweite der Beweislastumkehr: *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 790 f.; *Katzenmeier* in: *Laufs/Katzenmeier/Lipp*, Arztrecht, Kap. XI Rn. 63 ff.

¹⁶³ BGH, NJW 2004, 2011 (2012); BGH, NJW 2011, 2508 (2508).

¹⁶⁴ Vgl. BGHZ 85, 212 (216); NJW 1988, 2303 (2304); BGH, NJW 2009, 2820 (2822); so auch *Gaupp*, Beweisfragen im Rahmen ärztlicher Haftungsprozesse, S. 71 f.

¹⁶⁵ BGHZ 132, 47 (52); BGH, NJW 1994, 801 (803); BGH, NJW 1996, 2429 (2431); OLG Koblenz, NJW-RR 2008, 541 (541 f.); BGH, NJW 2011, 2508 (2508).

¹⁶⁶ Vgl. *Schiemann* in: FS für Canaris, S. 1161 (1166 ff.) und *Dopheide*, VersR 2007, 1050 (1051).

unterbreiteten,¹⁶⁷ nicht, dass dem Patienten aus seiner Beweisnot geholfen werden muss.

6. Beweiserleichterung bei voll beherrschbaren Behandlungsrisiken

Die Beweiserleichterung bei ärztlicherseits voll beherrschbaren Behandlungsrisiken begründete der Bundesgerichtshof in einer Entscheidung aus dem Jahr 1977.¹⁶⁸ Grund für diese Beweiserleichterung ist, dass sich in den voll beherrschbaren Bereichen gerade nicht die Unwägbarkeiten des lebenden Organismus‘ verwirklichen, weshalb durch entsprechende Vorsichtsmaßnahmen Verletzungen sicher ausgeschlossen werden können.¹⁶⁹ Zunächst betraf diese Beweiserleichterung nur den Einsatz funktionsuntüchtiger medizinisch-technischer Geräte. Da eine volle Beherrschbarkeit aber nicht nur beim Einsatz medizinisch-technischer Geräte gegeben ist, wurde die Beweiserleichterung später auch für weitere, ähnliche Fallgruppen geöffnet. Als voll beherrschbare Behandlungsrisiken werden daher auch Verstöße des Pflegepersonals in Bezug auf die Verrichtungssicherheit (z. B. Sturz aus einem Rollstuhl¹⁷⁰) oder Lagerungsschäden (z. B. falsche Lagerung bei einer Bandscheibenoperation¹⁷¹) angesehen. Eine feststehende Infektionsquelle stellt ebenfalls ein voll beherrschbares Risiko dar.¹⁷² Die Beweiserleichterung wirkt dahingehend, dass objektive Pflichtwidrigkeit und Verschulden (§ 280 Abs. 1 Satz 2 BGB entsprechend) vermutet werden.¹⁷³ Die Kausalität zwischen Fehler und Verletzung bzw. eingetretenem Schaden muss hingegen weiterhin der Patient beweisen.¹⁷⁴

7. Schlussfolgerungen aus der Geschichte der Beweiserleichterungen für die weitere Untersuchung

Insgesamt ist festzuhalten, dass die Rechtsprechung ganz erhebliche Eingriffe in die Beweislastverteilung im Arzthaftungsprozess vorgenommen hat. Da diese Beweislastgrundsätze seit langem richterrechtlich anerkannt sind, stellt sich einerseits die Frage, ob eine gesetzliche Regelung überhaupt einen Mehrwert hat.¹⁷⁵ Andererseits könnte der Umfang der richterrechtlichen Modifikationen des Beweisrechts unter dem Gesichtspunkt der Gewaltenteilung auch gerade ein Tätig

¹⁶⁷ Vgl. zu diesen Lösungsvorschlägen *Katzenmeier* in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, *Arztrecht*, Kap. XI Rn. 81 ff. und 139 ff.

¹⁶⁸ BGH, NJW 1978, 584.

¹⁶⁹ *Nixdorf*, *VersR* 1996, 160 (162); *Katzenmeier* in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, *Arztrecht*, Kap. XI Rn. 109.

¹⁷⁰ KG, *MedR* 2006, 182; vgl. auch Sturz beim Umbetten: BGH, NJW 1991, 1540 (1541).

¹⁷¹ BGH, NJW 1984, 1403 (1404).

¹⁷² BGH, *MedR* 2010, 30 (31); *Geiß/Greiner*, *Arzthaftpflichtrecht*, Kap. B Rn. 245 m. w. N.

¹⁷³ *Spickhoff/Greiner*, *Kommentar zum Medizinrecht*, §§ 823, 831, 839 Rn. 162; *Münch-Komm/Wagner*, *BGB*, § 823 Rn. 879.

¹⁷⁴ BGH, NJW 1994, 1594 (1595); *Frahm/Nixdorf/Walter*, *Arzthaftungsrecht*, Rn. 156.

¹⁷⁵ Siehe dazu Kap. 2 I.

werden des Gesetzgebers erforderlich gemacht haben.¹⁷⁶ Des Weiteren wird zu prüfen sein, ob es dem Gesetzgeber mit § 630h BGB gelungen ist, die vielgestaltigen Modifikationen konsistent zu regeln.¹⁷⁷ Darüber hinaus ist auch interessant, ob eine umfassende Regelung der Beweiserleichterungen dazu führt, dass die Einführung neuer Beweisregeln durch die Rechtsprechung erschwert oder gar ausgeschlossen wird.¹⁷⁸

IV. Normierungsbestrebungen im Arzthaftungsrecht

Eine zivilrechtliche Verankerung des Arzt-Patienten-Verhältnisses wurde erstmals ausführlicher beim 52. Deutsche Juristentag (1978) diskutiert. Dieser beschäftigte sich mit der Frage, ob im Interesse der Patienten und Ärzte gesetzgeberische Maßnahmen im Bereich des Vertrags-, Standes- und Haftungsrechts erforderlich seien. Zur Debatte stand damit eine Regelung nicht nur von Einzelaspekten des Arzt-Patienten-Verhältnisses, sondern des gesamten (zivilrechtsrelevanten) Arztrechts. *Weyers* kam in seinem Gutachten zu dem Schluss, dass die Erforderlichkeit einer gesetzlichen Regelung nicht abschließend eingeschätzt werden könne, weil dafür nötige Untersuchungen hinsichtlich der wirtschaftlichen Folgen von Behandlungsfehlern und ihrer Bewältigung noch nicht vorlägen.¹⁷⁹ Im Zusammenhang mit der Anerkennung der Dokumentationspflicht durch den Bundesgerichtshof¹⁸⁰ betonte *Weyers* aber die Bedeutung ebendieser.¹⁸¹ Diese Stellungnahme führte dazu, dass sich der Deutsche Juristentag im Ergebnis zwar für eine Normierung der ärztlichen Dokumentationspflicht, aber gegen eine gesetzliche Regelung des Arzt-Patienten-Verhältnisses im Ganzen aussprach.¹⁸²

Im Gegensatz dazu sprachen sich *Deutsch* und *Geiger* im Jahr 1981 in einem Gutachten für das Bundesministerium der Justiz zur Überarbeitung des Schuldrechts deutlich für eine Kodifizierung des (gesamten) Behandlungsvertrages im Bürgerlichen Gesetzbuch aus.¹⁸³ Sie schlugen zwölf Paragraphen vor, die im Vertragsrecht angesiedelt werden sollten. Der Entwurf nahm insbesondere die Pflichten der Behandlungsseite in den Blick. Der Vorschlag enthielt Regelungen zum Vertrag als solchen, zur Aufklärung, zur Einwilligung, zu Dokumentationspflichten und zur Beweislastverteilung. Daneben widmete er sich ausführlich dem Um-

¹⁷⁶ Siehe dazu Kap. 2 II. 3. a).

¹⁷⁷ Ausführlich hierzu Kap. 3 IX.

¹⁷⁸ Eingehend dazu Kap. 3 X. 2.

¹⁷⁹ *Weyers*, Gutachten A für den 52. DJT (1978), Bd. 1, A 1 (A 98 und A 124).

¹⁸⁰ BGH, VersR 1978, 542 – Dammschnitturteil.

¹⁸¹ *Weyers*, Gutachten A für den 52. DJT (1978), Bd. 1, A 1 (124).

¹⁸² *Ständige Deputation des Deutschen Juristentages*, Verhandlungen zum 52. DJT (1978), Bd. 2, I 203 (I 205).

¹⁸³ *Deutsch/Geiger*, Der medizinische Behandlungsvertrag, S. 1049 (1090).

gang mit bewusstlosen und nicht unbeschränkt geschäftsfähigen Patienten.¹⁸⁴ Des Weiteren beinhaltete der Entwurf Regeln zur ärztlichen Schweigepflicht, zur Unabdingbarkeit der Haftung, zur Verjährung und zur Beendigung des Vertragsverhältnisses.¹⁸⁵ Der Gesetzgebungsvorschlag beruhte weitgehend auf dem geltenden arztrechtlichen Richterrecht.¹⁸⁶ Im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung blieb dieser Entwurf jedoch unberücksichtigt.

Auch von europäischer Seite gab es Regelungsbestrebungen, die sich, wären sie in Kraft getreten, auf das Arzt-Patienten-Verhältnis ausgewirkt hätten. Im Jahre 1990 schlug die Europäische Kommission eine Richtlinie über die Haftung bei Dienstleistungen vor.¹⁸⁷ Diese Richtlinie wurde aber auf Grund heftiger Kritik, nicht nur von deutscher Seite, nicht weiterverfolgt.¹⁸⁸ Eine weitere Richtlinie der Europäischen Union, die Dienstleistungen betrifft, trat Ende 2006 in Kraft, diese ist aber nicht auf Gesundheitsdienstleistungen anwendbar.¹⁸⁹

In Deutschland stellten die Gesundheitsministerkonferenzen in den Jahren 1996 und 1997 fest, dass Patienten im Verhältnis zu den ihnen gegenüberstehenden Ärzten bzw. Krankenhäusern und Herstellern von medizinischen Produkten eine zu schwache Rechtsstellung innehätten. Daher sei es für Patienten oft schwer, ihre Rechte durchzusetzen.¹⁹⁰ Um diesem Defizit abzuhelpfen, wurde beschlossen, eine Patientenrechtecharta zu entwickeln. Zu diesem Zwecke wurden die beiden Bremer Professoren *Francke* und *Hart* damit beauftragt, ein Rechtsgutachten mit dem Titel „Charta der Patientenrechte“ zu erstellen.¹⁹¹ Auf Grundlage dieses Gutachtens verabschiedete die 72. Gesundheitsministerkonferenz im Jahre 1999 die Charta „Patientenrechte in Deutschland heute“, die in möglichst einfachen Worten über die Rechte der Patienten informierte, selbst aber in keiner Weise rechtsbegründend wirkte.¹⁹² Das Dokument klärte umfassend über das Recht des Pati-

¹⁸⁴ Vgl. insbesondere § 1 Abs. 2 und § 6 des Entwurfs von *Deutsch/Geiger*, Der medizinische Behandlungsvertrag, S. 1049 (1111 f.).

¹⁸⁵ Vgl. §§ 7, 10, 11, 12 des Entwurfs von *Deutsch/Geiger*, Der medizinische Behandlungsvertrag, S. 1049 (1111 f.).

¹⁸⁶ Dazu *Hänlein*, *ArztR* 2001, 315 (320); *Kubella*, *Patientenrechtegesetz*, S. 16.

¹⁸⁷ Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über die Haftung bei Dienstleistungen, vorgelegt am 19.11.1990, *Abl. EG* 1991, Nr. C 12, S. 8; zurückgezogen im Jahre 1994.

¹⁸⁸ Kritische Stimmen aus **Deutschland**: *Deutsch* in: *Karlsruher Forum* 1992, S. 4 (14); *Skaupy*, *BB* 1991, 2021 (2024); befürwortend hingegen: *Wiesner/Wiedmann*, *ZIP* 2005, 1210 (1215 f.); **Österreich**: *Kozjol*, *RdM* 1994, 3; *Bydlinski*, *JBl* 1992, 347; **Italien**: *Busnelli/Giardina/Ponzanelli* in: *Deutsch/Taupitz*, *Haftung der Dienstleistungsberufe*, S. 61 (76); ausführliche Literaturnachweise zur Reaktion in anderen europäischen Ländern bei: *Truli*, *Probleme und Entwicklung der Dienstleistungshaftung im griechischen, deutschen und im Gemeinschaftsrecht*, S. 39 (Fn. 96). Siehe dazu insgesamt *Deutsch/Spickhoff*, *Medizinrecht*, Rn. 396 ff.

¹⁸⁹ Richtlinie 2006/123/EG des europäischen Parlaments und des Rates über Dienstleistungen im Binnenmarkt vom 12.12.2006, *Abl. EG* 2006, Nr. L 376, S. 36.

¹⁹⁰ *Francke/Hart*, *Charta der Patientenrechte*, S. I.

¹⁹¹ *Francke/Hart*, *Charta der Patientenrechte*.

¹⁹² *Freie Hansestadt Bremen, Abteilung Gesundheitswesen (Hrsg.)*, *Patientenrechte in Deutschland heute*.

enten auf sorgfältige Information, über die Rechte im Rahmen der Behandlung und über die Rechte im Schadensfall auf.

Neben dem Versuch durch eine Charta, also auf nichtgesetzlichem Wege,¹⁹³ eine hinreichende Patienteninformation zu erreichen, blieb auch nach 1999 stets die Handlungsalternative der Kodifikation der Patientenrechte im Gedächtnis des Gesetzgebers.¹⁹⁴ Die Schuldrechtsmodernisierung im Jahr 2002 ließ dieser allerdings, wie bereits erwähnt, ungenutzt verstreichen. Dabei darf allerdings nicht unerwähnt bleiben, dass die Schuldrechts- und die Schadensrechtsreform – auch wenn beide nicht final Patientenrechte regeln wollten – zumindest mittelbar Einfluss auf das Arzthaftungsrecht ausübten. Durch die Reformen kam es zu einer Akzentverschiebung der Arzthaftung vom Delikts- zum Vertragsrecht.¹⁹⁵ Dies liegt insbesondere darin begründet, dass der bis dahin auf das Deliktsrecht beschränkte Anspruch auf Schmerzensgeld von § 847 a. F. BGB in § 253 Abs. 2 BGB überführt wurde. Aufgrund seiner neuen systematischen Stellung konnte nunmehr auch im Falle einer Vertragsverletzung Schmerzensgeld gefordert werden. Des Weiteren besitzt das Vertragsrecht den Vorzug, dass die Zurechnung Dritter über den im Vertragsrecht anwendbaren § 278 BGB leichter gelingt, als dies bei § 831 BGB mit seiner Entlastungsmöglichkeit für den Geschäftsherrn der Fall ist. Die Hilfskonstruktion der Organisationspflichten in § 823 BGB kann so vermieden werden.¹⁹⁶ Zudem kommt dem Anspruchsteller im Vertragsrecht der Vorteil der Verschuldensvermutung des § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB zu Gute.¹⁹⁷

Auch wenn die Schuldrechtsreform nicht zur Kodifizierung von Patientenrechten genutzt wurde, so zeigten Aktivitäten, wie die Vergabe eines Rechtsgutachtens zur Bestandsaufnahme und zu Handlungsperspektiven zur Stärkung der Patientenrechte (Stand März 2002),¹⁹⁸ dass der Gesetzgeber weiter gewillt blieb, über eine gesetzliche Regelung nachzudenken.

Deutlich konkreter wurden diese Bestrebungen als im Jahr 2009 die CDU/CSU und die FDP in ihrer Koalitionsvereinbarung auf Bundesebene den

¹⁹³ Ausführlich zu den Handlungsmöglichkeiten des Gesetzgebers durch Charta oder durch Gesetz, *Kubella*, Patientenrechtegesetz, S. 27 ff.

¹⁹⁴ Vgl. die Parlamentsdokumente: BT-Drs. 14/5660; BT-Drs. 16/777.

¹⁹⁵ *Deutsch*, JZ 2002, 588 (592); *Spickhoff*, Aktuelle Rechtsfragen des medizinischen Behandlungsverhältnisses, S. 58; *Rehborn*, MDR 2002, 1281 (1288); *Spindler/Rieckers*, JuS 2004, 272 (278).

¹⁹⁶ *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 303; *Spickhoff*, NJW 2002, 2530 (2532); *Spindler/Rieckers*, JuS 2004, 272 (276 und 278).

¹⁹⁷ Allerdings auf die geringe praktische Bedeutung dieser Vorteile des Vertragsrechts für den Patienten hinweisend *Spickhoff*, VersR 2013, 267 (281).

¹⁹⁸ Dieses Rechtsgutachten wurde von *Fischer, Kluth und Lilie* im Auftrag der Enquete-Kommission „Recht und Ethik der modernen Medizin“ erstellt. Der genaue Titel lautet: Fischer/Kluth/Lilie, Rechtsgutachten „Ansätze für eine Stärkung der Patientenrechte im deutschen Recht – Bestandsaufnahme und Handlungsperspektiven“.

Erlass eines Patientenrechtegesetzes für die 17. Legislaturperiode vorsahen.¹⁹⁹ Zuvor enthielten auch schon die Bundestagswahlprogramme der SPD und von Bündnis 90/Die Grünen entsprechende Vorhaben.²⁰⁰ Im März 2010 stellte sodann die SPD-Bundestagsfraktion einen Antrag im Bundestag, in welchem sie die Erstellung und Verabschiedung eines Patientenrechtegesetzes forderte.²⁰¹ Dieser Antrag wurde im März 2011 mit den Stimmen der Fraktionen der CDU/CSU und der FDP abgelehnt, da die Regierungskoalition in inhaltlichen Fragen vom Vorhaben der SPD-Fraktion abweichen wollte.²⁰²

Diese inhaltlichen Änderungen mündeten in den Referentenentwurf eines „Gesetzes zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten (Patientenrechtegesetz)“, der am 16. Januar 2012 veröffentlicht wurde. Gegen diesen Entwurf vorgebrachte Kritikpunkte wurden zumindest teilweise²⁰³ im am 24. Mai 2012 veröffentlichten Regierungsentwurf eines Patientenrechtegesetzes berücksichtigt.²⁰⁴ Nach einer weiteren Beratung im Gesundheitsausschuss wurde das Patientenrechtegesetz in leicht veränderter Form²⁰⁵ am 29. November 2012 vom Bundestag mit den Stimmen der Regierungskoalition (CDU/CSU und FDP) unter Ablehnung durch die Fraktionen SPD und DIE LINKE und bei Enthaltung der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN verabschiedet.²⁰⁶ Nachdem das Gesetz am 1. Februar 2013 den Bundesrat passiert hatte, ist es zum 26. Februar 2013 in Kraft getreten²⁰⁷.

¹⁹⁹ CDU/CSU/FDP, Koalitionsvertrag „Wachstum. Bildung. Zusammenhalt“ zur 17. Legislaturperiode vom 26.10.2009, abrufbar unter: https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/Ministerium/koalitionsvertrag.pdf?__blob=publicationFile <zuletzt abgerufen am 1.7.2014>.

²⁰⁰ Nachweise siehe *Kubella*, Patientenrechtegesetz, S. 24 (Fn. 82).

²⁰¹ Antrag der Bundestagsfraktion der SPD v. 3.3.2010, BT-Drs. 17/907.

²⁰² Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Gesundheit, BT-Drs. 17/5227.

²⁰³ Beispielsweise wurde die von *Katzenmeier* (SGB 2012, 125 [128]) geforderte Regelung des formlosen Widerrufs der Einwilligung in § 630d Abs. 3 BGB-RegE aufgenommen.

²⁰⁴ BT-Drs. 17/10488.

²⁰⁵ Vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Gesundheit zum Patientenrechtegesetz v. 28.11.2012, BT-Drs. 17/11710.

²⁰⁶ *Thole*, MedR 2013, 145 (145).

²⁰⁷ Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten vom 20.2.2013, BGBl. I, S. 277.

Kapitel 2

Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung der Patientenrechte

„Ist es nicht nötig, ein Gesetz zu erlassen, ist es notwendig, kein Gesetz zu erlassen“ so wird der Philosoph und Staatstheoretiker *Charles de Montesquieu* zitiert.²⁰⁸ Ob der Gesetzgeber bei Erlass des Patientenrechtegesetzes diesem Leitsatz gerecht geworden ist, sich also auf eine Erforderlichkeit der gesetzlichen Regelung berufen konnte, ist gerade im Medizinrecht eine interessante Frage, leidet dieses doch eher unter einem Regelungsüberfluss denn unter einem Regelungsdefizit.²⁰⁹ Die Notwendigkeit der gesetzlichen Normierung der Patientenrechte soll daher in diesem Kapitel untersucht werden.

²⁰⁸ Zitat nach *Wassermann*, NJW 1999, 1374 (1374).

²⁰⁹ So auch *Katzenmeier*, VersR 2002, 1066 (1071).

I. Bisherige Bindungswirkung der Rechtsprechungsgrundsätze

Seit Jahrzehnten waren für das Arzthaftungsrecht die Rechtsprechungsgrundsätze prägend, die die Judikatur entwickelt hatte, um den Besonderheiten des Arzt-Patienten-Verhältnisses Rechnung zu tragen. Beispiele solcher arztrechtlicher Rechtsprechungsgrundsätze sind die Eingriffe in die Beweislastverteilung und die umfangreichen von der Rechtsprechung geschaffenen Anforderungen an die ärztliche Aufklärung und Dokumentation. Sollten diese Rechtsprechungsregeln gewohnheitsrechtlich anerkannt sein, so wäre ihnen auch schon vor der Kodifizierung durch das Patientenrechtegesetz gesetzessgleiche Verbindlichkeit zugekommen.²¹⁰ Die Notwendigkeit der gesetzlichen Regelung wäre (zumindest soweit sich das Gesetz auf die Niederlegung der bestehenden Rechtsprechungsregeln beschränkt) zu verneinen, weil durch die Fassung in Gesetzesform keine größere rechtliche Verbindlichkeit erreicht worden wäre und daher auch kein Rechtssicherheitszuwachs feststellbar wäre.

Anders wäre dies zu beurteilen, wenn es sich bei den Rechtsprechungsregeln lediglich um Richterrecht handelt. Da dieses allenfalls eine eingeschränkte Bindungswirkung entfaltet, wäre ein Bindungsmehrwert durch die gesetzliche Regelung zu bejahen.²¹¹ Dieser Bindungsmehrwert spräche für die Notwendigkeit oder zumindest für die Nützlichkeit der Kodifikation.

1. Einordnung in die Kategorien Richterrecht und Gewohnheitsrecht

Ob die Rechtsprechungsgrundsätze als Richterrecht oder als Gewohnheitsrecht einzustufen sind, kann nicht einheitlich beurteilt, sondern muss für jeden Grundsatz gesondert untersucht werden. Als Richterrecht werden Regeln und Rechtsätze verstanden, die sich aus gerichtlichen (zumeist höchstrichterlichen) Entscheidungen ausdrücklich oder implizit ergeben und sich nicht auf die bloße Wiedergabe positiver Rechtsvorschriften beschränken.²¹² Aus Richterrecht kann sich, wenn es über einen langen Zeitraum angewendet wird, Gewohnheitsrecht entwickeln.²¹³ Gewohnheitsrecht definiert das Bundesverfassungsgericht als „Recht, das nicht durch förmliche Setzung, sondern durch längere tatsächliche Übung entstanden ist, die eine dauernde und ständige, gleichmäßige und allgemeine sein muss und von den beteiligten Rechtsgenossen als verbindliche Rechtsnorm anerkannt

²¹⁰ Vgl. allgemein zur Bindungswirkung von Gewohnheitsrecht: *M. Rümelin*, Die bindende Kraft des Gewohnheitsrechts und ihre Begründung, S. 15.

²¹¹ *Bork*, Allgemeiner Teil des BGB, Rn. 12; ausführlich dazu *Rötbel*, Normkonkretisierung im Privatrecht, S. 91 ff. und Kap. 2 I. 2.

²¹² *Bydlinski*, Grundzüge der juristischen Methodenlehre, S. 95; *Frühau*, Zur Legitimation von Gewohnheitsrecht im Zivilrecht, S. 6.

²¹³ *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, Rn. 232; *Bork*, Allgemeiner Teil des BGB, Rn. 12.

wird“.²¹⁴ Gewohnheitsrecht erfordert damit zum einen eine „langjährige Übung“ (als zeitliche Komponente) und zum anderen die „allgemeine Rechtsüberzeugung der Normadressaten“ (sog. *opinio iuris*²¹⁵).²¹⁶ An die beiden Komponenten des Gewohnheitsrechts müssen sehr hohe Anforderungen gestellt werden. Dies folgt aus dem Ausnahmecharakter des Gewohnheitsrechts. Nach dem System des Grundgesetzes, insbesondere dem Gewaltenteilungsprinzip (Art. 20 Abs. 2 Satz 2, Abs. 3 GG), ist es grundsätzlich Aufgabe des Gesetzgebers, Regelungen mit gesetzgleicher Verbindlichkeit zu schaffen. Hiervon wird durch die Zulassung von Gewohnheitsrecht, welches entweder auf einer dauerhaften Praxis bestimmter Bevölkerungskreise oder auf einer festen Gerichtspraxis, also auf judikativem Einfluss beruht, abgewichen.²¹⁷ Um das Gewaltenteilungsprinzip nicht zu verletzen, darf Gewohnheitsrecht daher nur in sehr beschränktem Umfang bestehen.²¹⁸

a) Erfüllung der zeitlichen Komponente des Gewohnheitsrechts

Der für die Entstehung von Gewohnheitsrecht notwendige Zeitraum kann nicht abstrakt bestimmt werden. Aspekte, wie die Schnelligkeit mit der sich die Regel durchsetzen konnte, die Häufigkeit etwaiger bestätigender Gerichtsentscheidungen und die Frage, inwieweit es sich um eine Konkretisierung rechtsethischer Grundsätze handelt, haben Einfluss auf die Entstehung von Gewohnheitsrecht.²¹⁹ Als ungefährender Näherungswert hinsichtlich der Entstehungsdauer von Gewohnheitsrecht sind wohl zumindest 50 Jahre seit erstmaligem Auftreten der Gewohnheit zu fordern.²²⁰

Diesen zeitlichen Faktor erfüllen im Arzthaftungsrecht lediglich drei Rechtsprechungsgrundsätze: Die Qualifizierung des Heileingriffs als rechtfertigungsbedürftige Körperverletzung (grundlegende Entscheidung von 1894²²¹), die Aufklärungspflicht bei ärztlichen Eingriffen (grundlegende Entscheidungen aus den Jahren 1940/41²²²) und die Beweislastsonderregel beim groben Behandlungsfehler (grundlegende Entscheidung aus dem Jahr 1937²²³).²²⁴

Andere Rechtsprechungsregeln, wie etwa die Beweiserleichterungen bei voll beherrschbaren Risiken oder bei Befunderhebungsfehlern, wurden erst Ende der

²¹⁴ BVerfGE 9, 109 (117); 15, 226 (232 ff.); 22, 114 (122); JZ 2009, 675 (678).

²¹⁵ Auch *opinio necessitas*.

²¹⁶ So Bork, Allgemeiner Teil des BGB, Rn. 14; Friihauf, Zur Legitimation von Gewohnheitsrecht im Zivilrecht, S. 140.

²¹⁷ Vgl. Rütters/Fischer/Birk, Rechtstheorie, Rn. 232.

²¹⁸ Zu den verfassungsrechtlichen Problemen des Gewohnheitsrechts ausführlicher Esser in: FS für v.Hippel, S. 95 ff.

²¹⁹ Helbron, Entwicklungen und Fehlentwicklungen im Arzthaftungsrecht, S. 36 f.

²²⁰ Vgl. T.Schmidt, JuS 2003, 649 (651); siehe auch Klingelböffer, ZRP 1994, 383 (385).

²²¹ RGSt 25, 375.

²²² RGZ 163, 129 (137); RGZ 168, 206 (213).

²²³ RG, HRR. 1937 Nr. 1301.

²²⁴ Siehe zur geschichtlichen Entwicklung dieser Rechtsprechungsregeln im Einzelnen Kap. 1.

1970er Jahre oder noch später entwickelt, sodass in diesen Bereichen keine hinreichende Dauer der tatsächlichen Übung gegeben ist. Dies gilt auch für die Einordnung des Behandlungsvertrags als Dienstvertrag. Auch die Berücksichtigung der Kriterien „häufige, bestätigende Gerichtsurteile“ und „Konkretisierung rechtsethischer Grundsätze“ führt nicht dazu, dass diese Rechtsprechungsregeln die zeitliche Komponente des Gewohnheitsrechts erfüllen. Es gibt zwar etliche, diese Regeln bestätigende Entscheidungen, das deutlich bedeutsamere Kriterium der Konkretisierung rechtsethischer Prinzipien erfüllen diese richterrechtlichen Grundsätze aber gerade nicht. Dies zeigt anschaulich ein Vergleich mit der Aufklärungspflicht. Während diese verfassungsrechtlich über das Selbstbestimmungsrecht des Patienten verankert ist, stellen die in diesem Absatz diskutierten Regeln – aus rechtsethischer Perspektive – eher nur eine Klärung von Detailfragen im Arzt-Patienten-Verhältnis dar.

Daher ist im Ergebnis lediglich hinsichtlich der drei erstgenannten Rechtsprechungsgrundsätze die zeitliche Komponente des Gewohnheitsrechts erfüllt.

b) Die allgemeine Rechtsüberzeugung der Normadressaten

Fraglich ist, ob die drei Rechtsprechungsgrundsätze, die der zeitlichen Komponente des Gewohnheitsrechts genügen, auch die ebenfalls eng auszulegende Voraussetzung der „allgemeinen Rechtsüberzeugung der Normadressaten“ erfüllen.

aa) Heileingriff als rechtfertigungsbedürftige Körperverletzung

Bezüglich der Einstufung des ärztlichen Heileingriffs als Körperverletzung sind die beteiligten Rechtskreise nicht hinreichend von der Rechtmäßigkeit der Übung überzeugt. Dies ergibt sich daraus, dass sich gegen diese Qualifikation nach wie vor sowohl Mediziner²²⁵ als auch der überwiegende Teil der Strafrechtslehre wenden.²²⁶ Beim juristischen Laien (gleich ob er dem Rechtskreis der Patienten oder der Ärzte angehört) ruft diese Qualifikation vielfach Erstaunen hervor. Zusätzlich hat der Gesetzgeber mehrfach (zuletzt 1962 und 1996) in Strafrechtsreformen eine andere Ausgestaltung angedacht und damit ebenfalls seine Zweifel an der derzeitigen Lösung dokumentiert.

bb) Pflicht zur Selbstbestimmungsaufklärung

Hinsichtlich der ärztlichen Aufklärungspflicht könnte dagegen eine allgemeine Rechtsüberzeugung der Normadressaten bestehen. Inwieweit die Mediziner als beteiligter Rechtskreis von der Rechtmäßigkeit der Aufklärungspflicht überzeugt sind, bedarf jedoch weiterer Überprüfung. Auch wenn seit den 1980er Jahren der Streit zwischen Juristen und Mediziner um die Aufklärungspflicht an Vehemenz

²²⁵ Vgl. die Nachweise bei *Ulsenheimer*, *Arztstrafrecht in der Praxis*, S. 89.

²²⁶ Statt vieler für die strafrechtliche Literatur: *Schönke/Schröder/Eser*, *StGB*, § 223 Rn. 30 ff. m. w. N.

verloren hat, so kann er auch heute noch nicht als gänzlich beigelegt betrachtet werden.²²⁷ Die Anerkennung der grundsätzlichen Notwendigkeit der Aufklärung des Patienten durch die Medizinerseite setzte sich, wie die teilweise scharfe Ablehnung seitens der Ärzte noch zu Beginn der 1980er Jahre zeigt,²²⁸ erst innerhalb der letzten 30 Jahre durch. Dieser Aspekt steht der Begründung von Gewohnheitsrecht entgegen. Denn nicht nur seit erstmaligem Auftreten der Gewohnheit, hier konkret die Entscheidungen des Reichsgerichts zur Aufklärungspflicht aus den 1940er Jahren, muss eine ausreichend lange Zeit vergangen sein, sondern auch die Anerkennung aller beteiligter Rechtskreise muss über einen hinreichend langen Zeitraum bestanden haben.²²⁹ Daher handelt es sich bei der ärztlichen Aufklärungspflicht ebenfalls nicht um Gewohnheitsrecht.

Eine gewohnheitsrechtliche Anerkennung der Aufklärungspflicht wäre auch deshalb problematisch gewesen, weil der genaue Umfang dieser Pflicht bis heute nicht in allen Einzelheiten unumstritten ist.²³⁰ Daher hätten sich an eine solche Anerkennung sogleich Abgrenzungsfragen dahingehend gestellt, welche Einzelfragen des Umfangs der Aufklärung von der gewohnheitsrechtlichen Anerkennung umfasst sind und welche außen vor bleiben.

cc) Beweislastumkehr beim groben Behandlungsfehler

Zuletzt könnte bezüglich der Beweislastumkehr beim groben Behandlungsfehler eine allgemeine Rechtsüberzeugung der Normadressaten bestehen. Dagegen könnte sprechen, dass in der juristischen Literatur häufig die Begründung für diese Beweislastumkehr diskutiert und die von der Rechtsprechung angebotene Argumentation vielfach als unzureichend bezeichnet wird.²³¹ Dies kann aber kein entscheidendes Argument sein, da beispielsweise beim gewohnheitsrechtlich anerkannten öffentlich-rechtlichen Folgenbeseitigungsanspruch die Herleitung und Begründung ebenfalls diskutiert wird.²³² Insgesamt ist man sich, von Einzelstimmen abgesehen, einig, dass die Beweislastumkehr beim groben Behandlungsfehler zur Schaffung von Waffengleichheit im Arzthaftungsprozess erforderlich ist.²³³ Dass gelegentlich alternative Lösungen angeboten wurden,²³⁴ kann nicht gegen

²²⁷ *Lechner*, MedR 2013, 429 (429); *Katzenmeier* in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, Kap. V Rn. 63; *H. Franzke*, MedR 1994, 171 (175).

²²⁸ *Carstensen*, Der Chirurg 1980, 414 (415) spricht von „Tod durch Aufklärung“; *Kuhlendabl* in: FS für Bockelmann, S. 465 (471) bezeichnet die Aufklärungspflicht als „Zuchtrute der Justiz“.

²²⁹ *Bork*, Allgemeiner Teil des BGB, Rn. 14; *passim*. *Frühauf*, Zur Legitimation von Gewohnheitsrecht im Zivilrecht, S. 143; *Helbron*, Entwicklungen und Fehlentwicklungen im Arzthaftungsrecht, S. 36.

²³⁰ *Katzenmeier* in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, Kap. V, Rn. 66 f.; vgl. auch *Laufs* in: Laufs/Kern, Handbuch des Arzthaftungsrecht, § 57 Rn. 11 ff.

²³¹ Näher dazu oben Kap. 1 III. 5. b).

²³² BVerwGE 94, 100 (103); *Schoch*, Verw 44 (2011), 397 ff.

²³³ Vgl. *Laufs*, NJW 2000, 1757 (1762 ff.); *G.Müller*, NJW 1997, 3049 (3052); *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 439 ff. m. zahlr. w. N.; a. A. *Hanau*, Die Kausalität der Pflichtwidrigkeit, S. 132 ff.

²³⁴ Vgl. dazu *Katzenmeier* in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, Kap. XI Rn. 81 ff.

eine allgemeine Rechtsüberzeugung angeführt werden, da vereinzelte, juristische Meinungen die Entstehung von Gewohnheitsrecht nicht verhindern können.²³⁵

Deutlich für eine allgemeine Rechtsüberzeugung spricht, dass die Beweislastumkehr beim groben Behandlungsfehler flächendeckend als „Beweislastsonderregel“²³⁶ und als „fest etabliert“²³⁷ bezeichnet wird. Diese Rechtsüberzeugung ist nicht nur bei Juristen einhellig, sondern hat sich – worauf es entscheidend ankommt – auch bei den Normadressaten, insbesondere bei den durch diese Regel belasteten Ärzten, durchgesetzt. Dies zeigt sich zum einen darin, dass in Arzthaftungsprozessen von Medizinern, soweit ersichtlich, nicht versucht wird, gegen diese Beweislastsonderregel zu argumentieren und ihre Unanwendbarkeit zu belegen.²³⁸ Zum anderen sprechen auch Ärztekreise von der „bereits etablierte[n] Umkehr der Beweislast bei einem groben Behandlungsfehler“.²³⁹

c) Zwischenergebnis

Folglich kann die Beweislastsonderregel beim groben Behandlungsfehler als gewohnheitsrechtlich anerkannt angesehen werden,²⁴⁰ während die anderen Rechtsprechungsgrundsätze Richterrecht darstellen.

2. Bindungswirkung von Richterrecht

Für alle Rechtsprechungsgrundsätze, die nicht gewohnheitsrechtlich anerkannt sind, stellt sich als weitere Frage, inwieweit Richterrecht bindend ist. Richterrecht entfaltet anders als Gewohnheitsrecht keine absolute, gesetzesgleiche Bindungswirkung. Ein Gericht, auch ein unterinstanzliches, ist bei der Anwendung und Auslegung von Vorschriften nicht an eine herrschende Meinung oder eine ständige Rechtsprechung gebunden.²⁴¹ Dies ergibt sich schon aus der richterlichen Unabhängigkeit (Art. 97 Abs. 1 GG).²⁴² Wurden aber konkrete Normen über einen längeren Zeitraum durch eine gefestigte höchstrichterliche Spruchpraxis in einer

²³⁵ Vgl. *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft – Studienausgabe, S. 258; im Ergebnis so wohl auch *Spickhoff*, NJW 2004, 2345 (2347); *Harder*, Die Beweisfigur des Befunderhebungs- und Befundsicherungsfehlers im Arzthaftungsprozess, S. 31.

²³⁶ So *v.Pentz*, MedR 2011, 222, 223; *D.Franzke*, Die Beweisregeln im Arzthaftungsprozess, S. 62; *Matthies*, NJW 1983, 335 (335).

²³⁷ So *Geiß/Greiner*, Arzthaftpflichtrecht, Kap. B Rn. 251; *Katzenmeier* in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, Kap. XI Rn. 83.

²³⁸ Zumindest ist bei der Lektüre zahlreicher Urteile, die sich mit der Beweislastumkehr beim groben Behandlungsfehler beschäftigen, eine derartige Argumentationslinie nicht ersichtlich.

²³⁹ *Kröger-Brand/Rieser*, DÄ 2012, A 128 (A 128).

²⁴⁰ Ebenso *Spickhoff*, NJW 2004, 2345 (2347); *Harder*, Die Beweisfigur des Befunderhebungs- und Befundsicherungsfehlers im Arzthaftungsprozess, S. 31; a. A. *Helbron*, Entwicklungen und Fehlentwicklungen im Arzthaftungsrecht, S. 36 f.

²⁴¹ BVerfGE 87, 273 (278).

²⁴² BVerfGE 78, 123 (126); Maunz/Dürig/Dürig/Scholz, GG, Bd. 1, Stand: 64. EGL, Januar 2012, Art. 3 Abs. 1 Rn. 410.

bestimmten Weise ausgeformt, so sprechen die Prinzipien der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes für ein Festhalten an dieser Judikatur.²⁴³ Unter welchen Voraussetzungen ein Abweichen von einer ständigen Rechtsprechung möglich ist, ist im Einzelnen sehr umstritten.²⁴⁴ An dieser Stelle soll sich auf einen Grundkonsens zu diesem Problem beschränkt werden. Danach kann (und soll) ein Richter von Vorentscheidungen abweichen, wenn sich diese nach seiner wohlüberlegten und -begründeten Ansicht als falsch erweisen.²⁴⁵ Die diesbezügliche Argumentationslast trägt der abweichend entscheidende Richter.²⁴⁶ Die Gründe für das Abweichen müssen von erheblichem Gewicht sein, weil sonst die Einheitlichkeit der Rechtsprechung gefährdet würde.²⁴⁷ Andererseits darf bestehendes Richterrecht den Weg zu einer besseren Lösung nicht versperren.²⁴⁸

3. Zwischenergebnis

Im Bereich der lediglich richterrechtlich anerkannten Rechtsprechungsgrundsätze wäre es daher – allerdings wohl eher theoretisch – möglich gewesen, dass durch einen Rechtsprechungswechsel beispielsweise die Beweiserleichterung bei voll beherrschbaren Risiken hätte aufgehoben werden können. Durch die gesetzliche Niederlegung der Grundsätze ergeben sich daher ein Bindungsmehrwert und damit auch eine erhöhte Rechtssicherheit. Zwar hätten sich einige dieser Rechtsprechungsgrundsätze in wenigen Jahrzehnten ohnehin zu Gewohnheitsrecht entwickelt und damit einhergehend eine gesetzesgleiche Bindungswirkung entfaltet, durch das Patientenrechtegesetz konnte aber unverzögert eine einheitliche Verbindlichkeit der Grundsätze erreicht werden. Dies spricht als ein erstes Indiz, wenn nicht für die Notwendigkeit, so doch zumindest für die Nützlichkeit der gesetzlichen Regelung der Patientenrechte. Hinsichtlich der Beweislastsonderregel beim groben Behandlungsfehler war die gesetzliche Regelung nicht erforderlich und hatte nur deklaratorischen Charakter.

II. Regelungsbedarf aus verfassungsrechtlicher Sicht

Der Gesetzgeber könnte aus verfassungsrechtlichen Gründen verpflichtet gewesen sein, die überwiegend nur richterrechtlich anerkannten Rechtsprechungsgrundsätze einer gesetzlichen Regelung zuzuführen. Bestand eine solche Ver-

²⁴³ BGHZ 85, 64 (66); JR 1984, 13 (14).

²⁴⁴ Vgl. dazu ausführlich *Bydlinski*, Grundzüge der juristischen Methodenlehre, S. 89 ff.; *Helbron*, Entwicklungen und Fehlentwicklungen im Arzthaftungsrecht, S. 37 ff.; *Olzen*, JZ 1985, 155 (156 ff.).

²⁴⁵ *Bydlinski*, JZ 1985, 149 (154).

²⁴⁶ *Kriele*, Theorie der Rechtsgewinnung, S. 328; *Helbron*, Entwicklungen und Fehlentwicklungen im Arzthaftungsrecht, S. 39.

²⁴⁷ BGHZ 85, 64 (66); JR 1984, 13 (14).

²⁴⁸ *Helbron*, Entwicklungen und Fehlentwicklungen im Arzthaftungsrecht, S. 41.

pflichtung, so muss das Patientenrechtegesetz daraufhin überprüft werden, ob es den verfassungsrechtlichen Anforderungen in hinreichendem Maße nachgekommen ist.

1. Expliziter Regelungsauftrag aus dem Grundgesetz

Ein ausdrücklicher Regelungsauftrag an den Gesetzgeber, wie er ohnehin nur an wenigen Stellen im Grundgesetz zu finden ist (beispielsweise in Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG²⁴⁹ oder Art. 33 Abs. 5 GG²⁵⁰), existiert hinsichtlich des Arzthaftungsrechts nicht. Selbst wenn man annimmt, dass die Zuteilung einer Gesetzgebungskompetenz in den Art. 70 ff. GG auch eine Wahrnehmungspflicht begründet,²⁵¹ so sind die in Betracht kommenden Kompetenztitel (Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 [Bürgerliches Recht] und Nr. 19 [Bereiche des Gesundheitswesens] GG) viel zu unbestimmt, als dass man aus diesen einen konkreten Regelungsauftrag hinsichtlich des Behandlungsvertragsrechts entnehmen könnte.

2. Regelungsauftrag aus den grundrechtlichen Schutzpflichten und der Wesentlichkeitstheorie

a) *Regelungsauftrag aus den grundrechtlichen Schutzpflichten*

Eine Regelungspflicht könnte aus den Grundrechten folgen. Die Grundrechte enthalten nach heute einhelliger Meinung nicht nur Abwehrrechte des Bürgers gegenüber dem Staat, sondern begründen auch staatliche Schutzpflichten.²⁵² Die Schutzpflichten richten sich an alle staatlichen Organe²⁵³ und fordern von diesen, sich schützend und fördernd vor die Grundrechte zu stellen und diese vor rechtswidrigen Eingriffen von Seiten Dritter zu bewahren.²⁵⁴ Daher kann die Legislative dazu verpflichtet sein, rechtliche Regeln zu schaffen, um die Gefahr von Grundrechtsverletzungen durch private Dritte möglichst weit einzudämmen.²⁵⁵ Bejaht hat das Bundesverfassungsgericht eine solche gesetzgeberische Regelungspflicht, die aus einer grundrechtlichen Schutzpflicht folgt, beispielsweise für die private Nutzung der Kernenergie.²⁵⁶

Auf Ärzteseite kommt als Grundrecht, welches eine staatliche Schutzpflicht auslösen könnte, die Berufsfreiheit (Art. 12 GG) in Betracht. In die Berufsfreiheit wird aber nicht durch private Dritte, sondern nur von staatlicher Seite eingegrif-

²⁴⁹ Maunz/Dürig/Dürig/Scholz, GG, Bd. 1, Stand: 32. EGL, Oktober 1996, Art. 3 Abs. 2 Rn. 61.

²⁵⁰ Maunz/Dürig/Badura, GG, Bd. 4, Stand: 58. EGL, April 2010, Art. 33 Rn. 63.

²⁵¹ So Maunz/Dürig/Hillgruber, GG, Bd. 6, Stand: 52. EGL, Mai 2008, Art. 97 Rn. 44; dagegen: Epping/Hillgruber/Seiler, GG, Art. 70 Rn. 3.

²⁵² BVerfGE 39, 1 (42); 49, 89 (142); 79, 174 (201 f.); Pieroth/Schlink, Grundrechte, Rn. 101 ff.

²⁵³ Sodan, NVwZ 2000, 601 (603).

²⁵⁴ BVerfGE 39, 1 (41); 56, 54 (73) m. w. N.

²⁵⁵ Preu, JZ 1991, 265 (265); Sodan, NVwZ 2000, 601 (603).

²⁵⁶ BVerfGE 49, 89 (127); vgl. auch BVerfGE 53, 30 (56).

fen. Die Beeinträchtigung der Berufsfreiheit geht nämlich von der Judikative aus. Diese hat in ihren Rechtsprechungsregeln der Ärzteseite Pflichten auferlegt, wie etwa die Aufklärungspflicht, und dadurch in die Berufsfreiheit eingegriffen. Dieser Eingriff erfolgte zwar zu Gunsten des Patienten als privatem Dritten, er ging aber nicht von diesem aus.²⁵⁷ Daher scheidet eine aus diesem Grundrecht folgende staatliche Schutzpflicht und dementsprechend auch eine darauf basierende gesetzgeberische Regelungspflicht aus.

Grundrechte, die auf Patientenseite stehen und Schutzpflichten entfalten könnten, sind das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG) sowie das Selbstbestimmungsrecht des Patienten, das aus dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art. 1 Abs. 1 i. V. m. Art. 2 Abs. 1 GG) hergeleitet wird. Eine Beeinträchtigung dieser Rechtspositionen durch den Arzt als privatem Dritten ist durchaus denkbar.

Ob der Gesetzgeber im Einzelfall aufgrund von Schutzpflichten normgebend aktiv werden muss, ist anhand einer Gesamtabwägung zu beurteilen.²⁵⁸ Wesentliche Kriterien innerhalb dieser Abwägung sind der verfassungsrechtliche Rang der zu schützenden Rechtspositionen sowie die Nähe und das Ausmaß der möglichen Gefahren für diese Positionen.²⁵⁹ Ebenfalls von großer Bedeutung ist die Frage der Existenz bzw. der Dichte von Rechtsnormen zu einem jeweiligen Bereich.²⁶⁰

aa) Regelungsauftrag aus dem Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit

Zunächst sollen diese Kriterien in Bezug auf das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit untersucht werden. Dieses Grundrecht stellt ohne Frage ein hohes verfassungsrechtliches Gut dar. Eine potentielle Gefährdung dieser Rechtsposition durch den Arzt als Dritten resultiert daraus, dass ärztliches Fehlverhalten zu einer Gesundheitsschädigung bis hin zum Tod führen kann. Dabei muss allerdings beachtet werden, dass das Arzt-Patienten-Verhältnis im Grundsatz gerade auf Lebensschutz und Heilung, also auf das Gegenteil, ausgelegt ist. Das Ausmaß und die Nähe der Gefahr für die Rechtsposition Leben und Gesundheit ist zudem nicht als allzu hoch einzustufen. Die Zahl der Fälle, in denen es aufgrund ärztli-

²⁵⁷ Diese Eingriffe in die Berufsfreiheit sind zudem nicht unverhältnismäßig. Als Berufsausübungsregeln sind sie bereits dann verfassungsrechtlich gerechtfertigt, wenn vernünftige Erwägungen zu Gunsten des Gemeinwohls die Beschränkungen als zweckmäßig erscheinen lassen. Da die ärztlichen Pflichten dem Schutz der Grundrechte des Patienten dienen, sind die mit den Pflichten verbundenen Eingriffe in die Berufsfreiheit verfassungsrechtlich gerechtfertigt.

²⁵⁸ *Sodan*, NVwZ 2000, 601 (604).

²⁵⁹ BVerfG, NVwZ 2011, 991, 993; VGH München, NVwZ 2010, 580 (583); *Sodan*, NVwZ 2000, 601 (604).

²⁶⁰ BVerfGE 49, 89 (142); 56, 54 (78); vgl. auch BVerfGE 88, 203 (262); *Sodan*, NVwZ 2000, 601 (604).

chen Fehlverhalten zu Gesundheitsschäden beim Patienten kommt, ist im Vergleich zur hohen Zahl jährlicher Arzt-Patienten-Kontakte eher niedrig.²⁶¹

Darüber hinaus ist auch die Regelungsdichte hinsichtlich dieses Fragenkomplexes alles andere als gering. Denn zum Schutz von Leben und Gesundheit des Patienten existierten auch schon vor Inkrafttreten des Patientenrechtegesetzes Haftungsnormen (§§ 280 Abs. 1, 823 BGB) und Strafvorschriften (etwa §§ 222, 229, 223 StGB), unter die ärztliches Fehlverhalten subsumierbar war.²⁶² Weiterhin haben zahlreiche medizinrechtliche Spezialvorschriften (siehe etwa die RöV oder das TPG) und nicht zuletzt die MBO-Ä den Schutz des Lebens und der Gesundheit des Patienten vor Augen. Gerade unter Beachtung dieser nicht geringen Regelungsdichte lässt sich aus dem Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit keine Verpflichtung des Gesetzgebers zu legislativem Tätigwerden begründen.

bb) Regelungsauftrag aus dem Selbstbestimmungsrecht

Auch das Selbstbestimmungsrecht hat verfassungsrechtlich einen hohen Stellenwert. Die Gefahr der Missachtung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten ist im Klinik- und Praxisalltag von deutlich höherer Relevanz als die Verletzung des Grundrechts auf Leben und Gesundheit. Patienten werden immer wieder nicht ausreichend aufgeklärt, wie die vielen erfolgreichen Arzthaftungsprozesse zeigen, die sich auf die Rüge der mangelhaften Aufklärung stützen.²⁶³ Gerade in Abgrenzung zum Beispiel der privaten Nutzung der Kernenergie, bei dem das Bundesverfassungsgericht eine Regelungspflicht bejaht hat, beschäftigten sich aber bereits vor Inkrafttreten des Patientenrechtegesetzes etliche Vorschriften mit dem Schutz des gefährdeten Selbstbestimmungsrechts des Patienten. So finden sich Regelungen zur Einwilligung und Aufklärung in der ärztlichen Berufsordnung (§ 8 MBO-Ä) und in Spezialgesetzen, wie etwa §§ 8 f. GenDG. Außerdem waren die Erfordernisse der Einwilligung und Aufklärung seit langem richterrechtlich anerkannt. Die Rechtsprechungsgrundsätze entfalteten zwar keine gesetzeseqleiche Bindungswirkung, konnten aber dennoch eine Orientierung geben. In einer Gesamtbewertung lässt sich daher, aufgrund der nicht geringen Regelungsdichte zum Themenbereich „Selbstbestimmungsrecht des Patienten“, kein zwingender gesetzgeberischer Normsetzungsauftrag begründen. Bedenkt man aber die nicht unerhebliche

²⁶¹ Es kommt in Deutschland jährlich zu etwa 500 Millionen Arzt-Patienten-Kontakten in Deutschland. Ginge man von einer – eher hoch gegriffenen – Zahl von 500.000 Ärztefehlern mit Schäden bei Patienten aus, so käme es lediglich bei jeder tausendsten Behandlung zu einer (häufig auch nur leichten) Beeinträchtigung der angesprochenen Rechtsposition. Zu Nachweisen zu den zu Grunde gelegten Daten unten Kap. 2. III.

²⁶² Zur Präventionswirkung von Haftungs Vorschriften siehe *Deutsch*, Allgemeines Haftungsrecht, Rn. 18; *Frommhold*, Grenzen der Haftung, S. 67 ff.

²⁶³ Vgl. die Nachweise zur Rechtsprechung zur Selbstbestimmungsaufklärung bei *Geiß/Greiner*, Arzthaftpflichtrecht, Kap. C Rn. 4 ff.

Gefährdung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten in der Behandlungspraxis, so erscheint eine gesetzliche Regelung durchaus nützlich und wünschenswert.

b) Regelungspflicht aus dem Wesentlichkeitsgrundsatz

Nach der Wesentlichkeitstheorie muss der Gesetzgeber in den grundlegenden normativen Bereichen, insbesondere im Bereich der Grundrechte, alle wesentlichen Fragen selbst regeln.²⁶⁴ Hergeleitet wird die Wesentlichkeitstheorie nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) und aus dem Demokratieprinzip (Art. 20 Abs. 2 GG).²⁶⁵ Die Wesentlichkeitstheorie wird vor allem im Zusammenhang mit der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung diskutiert, wo sie der Verwaltung gebietet, die wesentlichen Entscheidungen der Legislative zu überlassen. Sie enthält aber, als Kehrseite der Medaille, auch eine Aufforderung an die Legislative gesetzgeberisch tätig zu werden, und zwar nicht nur um die Rahmenbedingungen für das Verwaltungshandeln festzulegen, sondern auch um das private Rechtsleben zu regeln.²⁶⁶ Daher könnte auch aus der Wesentlichkeitstheorie eine Gesetzgebungspflicht hinsichtlich des Arzt-Patienten-Verhältnisses folgen.

Gegen eine aus der Wesentlichkeitstheorie abgeleitete verfassungsrechtliche Regelungspflicht spricht aber, dass dem Gesetzgeber hinsichtlich der Erforderlichkeit einer gesetzlichen Regelung ein weiter Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum zusteht.²⁶⁷ Zudem wird die Schwelle dessen, was als „wesentlich“ im Sinne der Wesentlichkeitstheorie anzusehen ist und daher einer gesetzlichen Regelung bedarf, restriktiv bestimmt.²⁶⁸ Gerade auch wegen der Unbestimmtheit des Begriffes „wesentlich“ sollte die Wesentlichkeitstheorie allenfalls in Ausnahmefällen dazu herangezogen werden, der Legislative Gesetzgebungsaufträge zu erteilen.²⁶⁹ Da, wie gezeigt, die für das Arzt-Patienten-Verhältnis relevanten grundrechtlichen Positionen nicht erheblich gefährdet sind und zudem bereits Regelungen vor dem Inkrafttreten des Patientenrechtegesetzes bestanden, ist ein Ausnahmefall, der einen Gesetzgebungsauftrag aus der Wesentlichkeitstheorie begründen könnte, nicht gegeben. Im Ergebnis verlangten daher weder die grundrechtlichen Schutzpflichten noch die Wesentlichkeitstheorie eine gesetzliche Regelung des Arzt-Patienten-Verhältnisses.

²⁶⁴ BVerfGE 61, 260 (275); 88, 103 (116); *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, Rn. 275.

²⁶⁵ BVerfGE 45, 400 (417 f.); 47, 46 (78); 58, 257 (268 f.).

²⁶⁶ Vgl. *Kloepfer*, NJW 1985, 2497 (2498 ff.); *Krenz*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Arbeitskampfrecht, S. 68 ff.; zur Anwendbarkeit der Wesentlichkeitstheorie im Bereich des Medizinrechts explizit *Spickhoff/Steiner*, Kommentar zum Medizinrecht, Art. 20 GG Rn. 1.

²⁶⁷ BVerfGE 77, 170 (214); NJW 1998, 2961 (2962) m. w. N.; *Kubella*, Patientenrechtegesetz, S. 32.

²⁶⁸ BVerfGE 98, 218 (251 ff.); 105, 252 (268 f.); 105, 279 (301 ff.); *Maunz/Dürig/Herzog/Grzeszick*, GG, Bd. 3, Stand: 51. EGI, Dezember 2007, Art. 20 Abs. 3 Rn. 105.

²⁶⁹ So auch *Herzog*, NJW 1999, 25 (26); *Preu*, JZ 1991, 265 (268).

3. Regelungspflicht aus Gründen der Gewaltenteilung oder der Rechtssicherheit

Dass das Arzthaftungsrecht bis zum 26. Februar 2013 in weiten Teilen auf Richterrecht beruhte, könnte Zweifel aufkommen lassen, ob die Grundsätze der Gewaltenteilung und der Rechtssicherheit gewahrt wurden.

a) Regelungspflicht aus Aspekten der Gewaltenteilung

Nach dem Prinzip der Gewaltenteilung ist es Aufgabe der Legislative, Rechtsregeln zu schaffen, während der Judikative in erster Linie eine Kontrollfunktion zukommt.²⁷⁰ Man spricht hinsichtlich der Normsetzung insoweit von einem „Primat der Gesetzgebung“ gegenüber der rechtsprechenden Gewalt.²⁷¹ Daher dürfen nicht ganze Regelungsbereiche dem Richterrecht überlassen werden.²⁷²

Richterrecht ist in Grenzen jedoch zulässig.²⁷³ Der vom Richter zu entscheidende Einzelfall weist gelegentlich vom Gesetzgeber nicht bedachte oder nicht entschiedene Problemlagen auf. Die Rechtsfindung der Gerichte kann sich in solchen Fällen nicht allein auf Gesetzesvollzug beschränken, sondern muss durch Interpretation der Norm und durch Heranziehung allgemeiner Rechtsgrundsätze eine gerechte Lösung im Einzelfall anstreben, die sich auch als Rechtsschöpfung darstellen kann.²⁷⁴ Entwickeln sich aus diesen Einzelfallentscheidungen durch eine bestätigende und weiterbildende Rechtsprechung verfestigte Rechtsätze, so entsteht Richterrecht. Diese Art der Rechtsfortbildung ist eine zulässige und erforderliche richterliche Aufgabe.²⁷⁵ Der Gewaltenteilungsgrundsatz wird durch die Schaffung von Richterrecht erst verletzt, wenn eine so breitflächige richterliche Rechtsfortbildung gegeben ist, dass sie den Stellenwert einer Ersatzgesetzgebung erlangt.²⁷⁶

Fraglich ist, ob die arzthaftungsrechtlichen Rechtsprechungsgrundsätze bereits den Stellenwert einer Ersatzgesetzgebung erlangt hatten. Eine genauere Definition, unter welchen Voraussetzungen richterrechtliche Regeln den Status einer Ersatzgesetzgebung erreichen, wurde bislang weder in der Rechtsprechung noch in der Literatur genannt. Als Anhaltspunkt kann daher allein ein Vergleich zum Arbeitskampfrecht dienen, welches in der Literatur häufig als Beispiel einer solchen

²⁷⁰ Maunz/Dürig/Herzog/Grzeszick, GG, Bd. 3, Stand: 64. EGL, Januar 2012, Art. 20, V. Rn. 77 und 78 ff.; Lundmark, JuS 2000, 546 (546).

²⁷¹ Dauner-Lieb in: Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, S. 305 (306); Rütters, JuS 2011, 865 (869).

²⁷² Kloepfer, NJW 1985, 2497 ff.; Maunz/Dürig/Hillgruber, GG, Bd. 6, Stand: 52. EGL, Mai 2008, Art. 97 Rn. 44.

²⁷³ Durner, JA 2008, 7 (11); Brox/Walker, Allgemeiner Teil des BGB, Rn. 9.

²⁷⁴ Vgl. Rütters, JuS 2011, 865 (868); Katzenmeier, Arzthaftung, S. 77.

²⁷⁵ BVerfGE 34, 269 (287); Langenbacher, Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht, S. 23; Katzenmeier, Arzthaftung, S. 78.

²⁷⁶ Kloepfer, NJW 1985, 2497 (2500).

Ersatzgesetzgebung angeführt wird.²⁷⁷ Während dieses Rechtsgebiet nahezu ohne einfachgesetzlichen Rückbezug vom Bundesarbeitsgericht entwickelt wurde,²⁷⁸ hat das Arzthaftungsrecht stets eine gewisse Rückanknüpfung an bestehende bürgerlich-rechtliche Vorschriften, wie die §§ 280, 611 und 823 BGB, wahren können. Dass zahlreiche arzthaftungsrechtliche Einzelfragen nicht unmittelbar anhand der Lektüre des Gesetzestextes zu lösen waren, findet seinen Grund zumindest auch im hohen Abstraktionsniveau des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Der Gesetzgeber hat mit den offen gehaltenen Haftungstatbeständen der §§ 280 und 823 BGB bewusst Raum für richterrechtliche Weiterentwicklung gegeben. Außerdem hatte der Gesetzgeber in den §§ 611 ff. BGB einen Vertragstyp geschaffen unter den der Behandlungsvertrag subsumierbar war. Bestimmungen, wie § 613 BGB (persönliche Leistungserbringung) und § 627 BGB (jederzeitige Kündbarkeit bei Dienstverhältnissen mit besonderem Vertrauen), enthielten für den Behandlungsvertrag wichtige Regelungen.

Dennoch zeigt die geringe Schlagkraft der soeben angeführten Argumente, dass die Rückanbindung der arztrechtlichen Rechtsprechungsgrundsätze an gesetzliche Vorschriften bildlich gesprochen nur noch an einem dünnen Faden hing. Daher waren diese Rechtsprechungsregeln nicht mehr weit vom Status einer Ersatzgesetzgebung und der damit einhergehenden Verletzung des Gewaltenteilungsprinzips entfernt. Dies führt zu dem Schluss, dass sich aus Aspekten der Gewaltenteilung zwar (noch) keine zwingende Erforderlichkeit einer gesetzlichen Regelung des Arzthaftungsrechts ergab, eine gesetzliche Niederlegung aber überaus nützlich war, weil sie auf lange Sicht einer solchen verfassungsrechtlichen Notwendigkeit zuvorkam.

b) Regelungspflicht aus Aspekten der Rechtssicherheit

Gerade im Rahmen der facettenreichen Aufklärungspflichten wurde weiterhin diskutiert, ob dem Gebot der Rechtssicherheit hinreichend Rechnung getragen wurde, solange diese Pflichten nicht gesetzlich niedergelegt waren.²⁷⁹ Einem solchen Regelungsbegehren konnte entgegengehalten werden, dass die Rechtsprechung zur Aufklärungspflicht zwar umfangreich war, aber nicht als unbefolgbar bezeichnet werden konnte.²⁸⁰ Sah man dennoch eine gewisse Rechtsunsicherheit im Bereich der Aufklärungspflicht, dann resultierte diese weniger daraus, dass die

²⁷⁷ Maunz/Dürig/Hillgruber, GG, Bd. 6, Stand: 52. EGL, Mai 2008, Art. 97 Rn. 44; Hergenröder, Zivilprozessuale Grundlagen richterrechtlicher Rechtsfortbildung, S. 140 ff.; Kloepfer, NJW 1985, 2497 (2500 f.).

²⁷⁸ Kloepfer, NJW 1985, 2497 (2500 f.); vgl. auch Hergenröder, Zivilprozessuale Grundlagen richterrechtlicher Rechtsfortbildung, S. 140 f.

²⁷⁹ Hansch, VersR 2009, 1178 (1178 f.); vgl. auch Ulsenheimer, Arztstrafrecht in der Praxis, Rn. 55 b.

²⁸⁰ Laut Katzenmeier (in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, Kap. V, Rn. 67) drohe jedoch die Kasuistik zur Aufklärungspflicht „unüberschaubar“ zu werden. Giesen ist hingegen der Ansicht, dass die kontinuierliche Rechtsprechung eine „voraussehbare Reihe von Entscheidungen“ darstelle (Giesen, Arzthaftungsrecht, Rn. 338).

Pflicht nur richterrechtlich verankert war. Sie hatte und hat ihren Grund vielmehr darin, dass sich der Umfang der Aufklärung stets nach dem jeweiligen Einzelfall und den Bedürfnissen des konkreten Patienten richten muss. Das Ausmaß der erforderlichen Aufklärung kann sich daher von Fall zu Fall deutlich unterscheiden. Diese Verschiedenheit der Anforderungen, die sicher zu einer gewissen Verunsicherung der Ärzteseite führen kann, hat sich auch durch ein – notwendigerweise abstraktes – Gesetz nicht beheben lassen. Daher folgte auch aus Aspekten der Rechtssicherheit kein verfassungsrechtlicher Regelungsauftrag an den Gesetzgeber.

4. Zwischenergebnis

Eine verfassungsrechtlich zwingende Regelungspflicht hinsichtlich der Patientenrechte bestand daher nicht. Einzelne verfassungsrechtliche Aspekte, wie der Schutz der Grundrechtspositionen des Patienten und der Gewaltenteilungsgrundsatz, lassen eine solche Regelung allerdings als sinnvoll erscheinen.

III. Regelungsbedarf aus rechtspolitischer Sicht

Da verfassungsrechtliche Gründe nicht zu einer Regelungspflicht führen, fragt sich, ob rechtspolitische Bedürfnisse die Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung begründen. Für einen Regelungsbedarf spricht, dass sich das Arzthaftungsrecht seit Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu einer umfassenden und praxisrelevanten Rechtsmaterie entwickelt hat. Dies überrascht nicht, kommt es gegenwärtig doch jährlich zu ca. 450 bis 500 Millionen Arzt-Patienten-Kontakten.²⁸¹ Wie häufig es bei Behandlungen zu ärztlichen Fehlern kommt, kann nicht eindeutig festgestellt werden, weil nach wie vor keine einheitlichen Statistiken vorliegen.²⁸² Die einzigen belastbaren Daten hinsichtlich ärztlicher Fehler liefern die Schlichtungsstellen und Gutachterkommissionen der Ärztekammern. Danach wurden im Jahr 2012 von diesen Stellen bei 7.578 bearbeiteten Anträgen 2.280 Behandlungs- bzw. Aufklärungsfehler festgestellt, von denen 1.889 für Gesundheitsschäden kausal waren.²⁸³ Diese Zahlen können aber nur einen kleinen Ausschnitt der ärztlicher Fehler aufzeigen, weil einerseits von einer großen Anzahl nicht beanstandeter bzw. bekannt gewordener Fehler auszugehen ist und andererseits auch andere Stellen, insbesondere die (Zivil-)Gerichte und die medizinischen

²⁸¹ So der ehemalige Präsident der Bundesärztekammer *Hoppe*, *MedR* 2011, 216 (216).

²⁸² Siehe *Süddeutsche Zeitung* vom 17.2.2012, Nr. 40, S. 1 („Kittel des Schweigens“); *Frankfurter Allgemeine Zeitung* vom 20.6.2012, Nr. 141, S. 10 („Ärzte melden abermals mehr Behandlungsfehler“); diesen Mangel schon früher aufzeigend: *Pelz*, *DRiZ* 1998, 473 (473).

²⁸³ *Bundesärztekammer*, *Ärztliche Gutachterkommissionen und Schlichtungsstellen in Deutschland – statistische Erhebung für das Berichtsjahr 2012*, S. 5; abrufbar unter: http://www.bundesaerztekammer.de/downloads/Erhebung_StacKo_mit_Zahlen_2012_komplett.pdf <zuletzt abgerufen am 1.7.2014>.

Dienste bei den Krankenversicherern, medizinische Fehler verfolgen.²⁸⁴ Eine grobe Schätzung von *Bartens*,²⁸⁵ die sich allerdings nicht die Mühe des statistischen Belegs macht, geht daher von mehr als 500.000 meist leichten Behandlungsfehlern in den deutschen Krankenhäusern aus.

Die praktische Bedeutung des Arzthaftungsrechts lässt sich auch an der deutlichen Zunahme an Gerichtsverfahren ablesen.²⁸⁶ Auch hier werden konkrete Daten vermisst. Der Marburger Bund schätzte die Zahl der Gerichtsverfahren im Jahr 2000 auf 30.000 und ging damit von einer Verfünffachung seit 1990 aus.²⁸⁷ Ebenso wird die steigende Bedeutung dieses Rechtsgebiets durch die starke Zunahme arztrechtlicher Literatur²⁸⁸ und die Einführung des Fachanwalts für Medizinrecht (§ 1 FAO) belegt.

Die Bedeutung des Medizinrechts übersteigt bei weitem die Relevanz des seit 1979 in immerhin 13 Paragraphen im Bürgerlichen Gesetzbuch geregelten Reisevertragsrechts.²⁸⁹ Dieser Vergleich spricht zunächst deutlich für eine Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung des Bereichs der Patientenrechte, zumal dieser auch eine stärkere Grundrechtsrelevanz aufweist als das Reisevertragsrecht. Dieses Argument verliert allerdings an Schlagkraft, führt man sich vor Augen, dass gesetzgeberischer Übereifer in einem Rechtsgebiet nicht die Überfrachtung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in weiteren Bereichen begründen darf. Zudem spricht gegen einen Regelungsbedarf hinsichtlich des Arzthaftungsrechts, dass Rechtsprechung und Praxis bis zum Inkrafttreten des Patientenrechtgesetzes auch ohne eine gesetzliche Regelung ausgekommen sind.

Möchte man die rechtspolitische Notwendigkeit der Regelung der Patientenrechte beurteilen, so müssen die konkreten Bedürfnisse der Patienten und der Mediziner untersucht werden. Bei beiden Gruppen ist ein erhebliches Informationsdefizit hinsichtlich der rechtlichen Rahmenbedingungen der ärztlichen Behandlung vorhanden.²⁹⁰ Auf Patientenseite zeigt sich dieses in einer Umfrage der *Bertelsmann-Stiftung* aus dem Jahr 2010.²⁹¹ Danach sind nur 22 % der 1.800 Befragten der Ansicht, ihre Patientenrechte „gut“ zu kennen.²⁹² Bei einer konkreten Wissensabfrage wird offenbar, dass zwar etwa 39 % der Befragten ihre Rechte zutreffend beurteilen, aber auch ca. 41 % der Befragten ganz erhebliche Lücken

²⁸⁴ Vgl. *Hansis/Hart*, Gesundheitsberichtserstattung des Bundes 04/01 – Medizinische Behandlungsfehler, S. 5.

²⁸⁵ So *Bartens*, Auf Kosten der Patienten, S. 10.

²⁸⁶ Vgl. die Nachweise bei *Riegger*, Die historische Entwicklung der Arzthaftung, S. 161 und 189 ff.; *Pelz*, DRiZ 1998, 473 (473); *Ulsenheimer*, MedR 1992, 127 (127).

²⁸⁷ Vgl. *Kilian*, VersR 2000, 942 (942).

²⁸⁸ So auch *H.Franzki*, MedR 1994, 171 (172).

²⁸⁹ So auch *Billen*, Die BKK 2009, 71 (71).

²⁹⁰ *Katzenmeier*, MedR 2011, 201 (204).

²⁹¹ Veröffentlicht in: *Braun/Marstedt* in: Gesundheitsmonitor 2010, S. 119 (328 ff.).

²⁹² Vgl. *Braun/Marstedt* in: Gesundheitsmonitor 2010, S. 119 (337 [Abb. 1]).

hinsichtlich der Kenntnis ihrer Patientenrechte aufweisen.²⁹³ Auch auf Medizinerseite müssen exakte Kenntnisse über die an die Behandler gerichteten rechtlichen Anforderungen vorhanden sein. Dies gilt umso mehr als sich an die Missachtung dieser rechtlichen Vorgaben zum Teil strafrechtliche Sanktionen anknüpfen. Gerade im Bereich der sehr umfangreichen Aufklärungspflichten ist ein starkes Informationsbedürfnis der Ärzte festzustellen. Darauf deutet auch eine (leider nicht repräsentative) Umfrage *Potretts* hin, bei welcher nur 5 % der befragten 100 Assistenzärzte angaben, dass die Selbstbestimmungsaufklärung Teil ihres Studiums war.²⁹⁴

Diesem beiderseitigen Informationsdefizit wurde zunächst versucht, durch die Erstellung einer Patientenrechtecharta entgegenzuwirken. Diese krankte allerdings in zweierlei Hinsicht. Zum einen wandte sie sich nur an die Patientenseite und zum anderen hat die Charta in der medizinischen Praxis nur wenig Beachtung gefunden. Daher erreichte sie auch nur einen geringen Wirkungsgrad hinsichtlich der erhofften Erhöhung des Rechtsbewusstseins.²⁹⁵

Da folglich weiterhin ein Informationsdefizit besteht, fragt sich, ob das Patientenrechtegesetz ein geeignetes und hinreichendes Mittel zur Arzt- und Patienteninformation darstellt. Dagegen kann angeführt werden, dass die „Aufklärungswirkung“ eines Gesetzes beschränkt ist.²⁹⁶ Deshalb geht die Hoffnung des Gesetzgebers deutlich zu weit, wenn er in der Gesetzesbegründung äußert, dass künftig die Patienten „ihre wichtigsten Rechte möglichst selbst im Gesetz nachlesen können“²⁹⁷ sollen. Ein Blick ins Gesetz kann Ärzten und Patienten allenfalls einen sehr groben Überblick über die rechtlichen Vorgaben der Arzt-Patienten-Beziehung verschaffen.²⁹⁸ Einzelfragen lassen sich selbst für Juristen häufig nur in Kenntnis der Rechtsprechung, die der jeweiligen Regelung zu Grunde liegt, klären. Daher ist auch nicht zu erwarten, dass das Bürgerliche Gesetzbuch nunmehr neben dem Pschyrembel zur Bücherausrüstung einer jeden Arztpraxis gehören wird.

Andererseits wird den Patientenrechten durch die Kodifizierung in der zivilrechtlichen Kernmaterie äußerlich erkennbar ein hoher Stellenwert eingeräumt. Gepaart mit der öffentlichen Diskussion, die mit dem Gesetzgebungsverfahren verbunden war,²⁹⁹ entfaltet dieses Gesetz eine Informationswirkung, die deutlich

²⁹³ Vgl. *Braun/Marstedt* in: Gesundheitsmonitor 2010, S. 119 (340 f.).

²⁹⁴ *Potrett*, *ArztR* 2007, 88 (89).

²⁹⁵ So auch *Tbole*, *MedR* 2013, 145 (145); *Katzenmeier*, *MedR* 2011, 201 (204); *ders.*, *SGb* 2012, 125 (125); *Olzen/Metzmacher*, *JR* 2012, 271 (278).

²⁹⁶ Vgl. *Katzenmeier*, *DÄ* 2011, A 1885 (A 1886); *ders.*, *NJW-Editorial* Heft 6/2012; zur nur beschränkten Informations- und Lenkungswirkung eines Gesetzes allgemein: *Voigt* in: *Gegentendenzen zur Verrechtlichung*, S. 17 (29 f.).

²⁹⁷ *BT-Drs.* 17/10488, S. 9.

²⁹⁸ Allgemein dazu, dass sich das Bürgerliche Gesetzbuch vorrangig an den juristisch vorgebildeten Fachmann richtet *Kötz*, Referat für den 60. DJT (1994), Bd. II/1, K 9 (K 9).

²⁹⁹ Vgl. etwa die folgenden Artikel in deutschen Tageszeitungen und Veröffentlichungen in medizinischen Fachzeitschriften, die sich mit dem Patientenrechtegesetz befassen: *Frankfurter Allgemeine Zeitung* vom 16.1.2012, Nr. 13, S. 12 („Mehr Rechte für Patienten“); *Süddeutsche Zeitung* vom

über die Wirkung der „Patientenrechtecharta“ hinausgeht.³⁰⁰ Eine zwingende Erforderlichkeit der Fassung der Patientenrechte in Gesetzesform kann hieraus aber nicht hergeleitet werden. Eine zumindest ebenso wirksame Lösung, um dem erkannten Informationsdefizit entgegenzuwirken, wäre etwa gewesen, Ärzte zum Besuch von Fortbildungsveranstaltungen zum Thema Patientenrechte bzw. Arzthaftungsrecht³⁰¹ und Krankenhäuser zur Übergabe eines Merkblatts zu den Patientenrechten³⁰² (zumindest an stationär aufgenommene Patienten) zu verpflichten. Insgesamt kann daher nur von einer Nützlichkeit, nicht aber von einer Erforderlichkeit der Regelung der Patientenrechte in Gesetzesform gesprochen werden.

IV. Zwischenergebnis

Im Ergebnis folgt weder aus verfassungsrechtlichen noch aus rechtspolitischen Gesichtspunkten die zwingende Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung der Patientenrechte. Der einführend genannten *Maxime Montesquiens* wurde daher nicht entsprochen. Eine Nützlichkeit der Regelung zu Informationszwecken, zum Schutze der grundrechtlichen Positionen der Patienten und, um einer etwaigen Verletzung des Gewaltenteilungsgrundsatzes vorzubeugen, kann der Kodifikation allerdings nicht abgesprochen werden. Entgegen *Montesquieu* wird man dem Gesetzgeber im Rahmen seiner weiten Einschätzungsprärogative allerdings auch zubilligen müssen, nicht nur erforderliche, sondern auch von ihm für nützlich erachtete Gesetze erlassen zu dürfen. Dass der Gesetzgeber das Patientenrechtegesetz auch ohne eine entsprechende Erforderlichkeit erlassen hat, liegt letztlich wohl in parteipolitischen Überlegungen begründet. Die Regierungskoalition aus CDU/CSU und FDP wollte den Patienten (und damit einer Vielzahl potentieller

24.5.2012, Nr. 119, S. 5 („Vom Bittsteller zum Partner“); *Neelmeier*, DÄ 2012, B 1515; *Rieser*, DÄ 2012, B 1763; *Scholz*, Nds. ÄBl. 2013/2, 16 f.; *Nolting*, Nds. ÄBl. 2013/3, 27 ff.; *Bogan*, Nds. ÄBl. 2013/4, 22 ff.; *Woblers*, Nds. ÄBl. 2013/5, 25 f.; *Wienke*, HNO-Informationen 2013, 12 ff.; *ders.*, HNO-Informationen 2013, 55 ff.

³⁰⁰ Allgemein zur Frage, ob die Patientenrechtecharta oder ein Patientenrechtegesetz vorzuziehen ist und auch zur Steuerungswirkung von Recht: *Kubella*, Patientenrechtegesetz, S. 27 ff.

³⁰¹ *Montgomery/Brauer/Hübner/Seeböhm* (MedR 2013, 149 [150]) weisen zu Recht darauf hin, dass zur Vermittlung der „neuen“ Bestimmungen des Patientenrechtegesetzes gegenüber der Ärzteschaft nunmehr jedenfalls Fort- und Weiterbildungsveranstaltungen vonnöten sind. Leider wird aber die Überarbeitung der (Muster-)Weiterbildungsordnung nicht dazu genutzt werden, diese Thematik als Fortbildungsgegenstand zu etablieren, siehe zu den Inhalten der Weiterbildungsordnung die Beschlüsse des 116. Deutschen Ärztetages (2013), o.A., DÄ 2013, B 1017 (B 1026 ff.); *Bartmann*, S.-H. Ärzteblatt 2013/5, 20 f.

³⁰² Diese Verpflichtung wollte *Steffen* bereits 1978 aus der Zusammenwirkensobliegenheit von Arzt/Krankenhaus und Patient herleiten, *Steffen*, Referat für den 52. DJT (1978), Bd. II, I 8 (I 27). Ein Problem dieses Merkblatts wäre allerdings gewesen, dass es auf einer oder zwei Seiten kaum möglich gewesen wäre, alle wichtigen Inhalte des Arzt-Patienten-Verhältnisses laienverständlich zusammenzufassen. Die verkürzte Version der nun Gesetz gewordenen acht Normen zum Behandlungsvertrag hätten wiederum auf ein solches Merkblatt gepasst.

Wähler) ein Gesetz nicht vorenthalten, welches diesen öffentlichkeitswirksam „neue Rechte“³⁰³ einräumt. Außerdem ist sie auf diesem Wege dem Vorwurf der Untätigkeit in diesem Bereich zuvorgekommen.³⁰⁴ Dass die im Patientenrechtegesetz niedergelegten Rechte tatsächlich weitestgehend nicht „neu“ sind, wird im folgenden Kapitel 3 deutlich.

³⁰³ So explizit die Gemeinsame Pressemitteilung des Bundesministeriums der Justiz und des Bundesministeriums für Gesundheit vom 23.5.2012, abrufbar unter: <http://www.bmg.bund.de/ministerium/presse/pressemitteilungen/2012-02/patientenrechtegesetz-im-kabinett.html> <zuletzt abgerufen am 1.7.2014>.

³⁰⁴ So auch *Spickhoff*, ZRP 2012, 65 (65).

Kapitel 3

Inhalt und Einzelkritik der §§ 630a ff. BGB

I. Allgemeines zum neuen Untertitel „Behandlungsvertrag“

1. Verortung der Patientenrechte im Bürgerlichen Gesetzbuch

Bevor auf die einzelnen Regelungen der §§ 630a ff. BGB eingegangen werden kann, soll kurz festgestellt werden, ob das Bürgerliche Gesetzbuch der richtige Standort für eine Regelung der Patientenrechte war. Zunächst ist voranzustellen, dass sich der Gesetzgeber für ein Artikelgesetz entschieden hat, in welchem er neben dem Bürgerlichen Gesetzbuch auch das Sozialgesetzbuch und einige andere Gesetze geändert hat. Da aber, wie bereits erwähnt, Kern des Patientenrechtegesetzes die Einführung des Untertitels „Behandlungsvertrag“ im Bürgerlichen Gesetzbuch ist,³⁰⁵ kann man ohne eine übermäßige Simplifizierung von einer Verortung der Patientenrechte an dieser Stelle sprechen.

Als anderer Standort der Patientenrechte wurde teilweise ein umfassendes „Medizinrechtsgesetzbuch“ angedacht, in welchem zivil-, standes- und sozialrechtliche, möglicherweise auch verfassungs- und strafrechtliche Gesetze hätten zu-

³⁰⁵ So auch *Olzen/Metzmacher*, JR 2012, 271 (271).

sammengefasst werden können.³⁰⁶ Dieses Gesetzbuch hätte zwar durch die Sammlung der medizinrechtlichen Gesetze an einer Stelle das Auffinden der relevanten Vorschriften erleichtern können, die Normfülle hätte aber zur Unübersichtlichkeit dieses Gesetzbuches geführt. Dies hätte die erwünschte Informationswirkung für Ärzte und Patienten wieder zunichtemachen können. Nicht zuletzt hätte die Unterschiedlichkeit der zusammenzufassenden Materien auch regelungstechnische Probleme bereitet.³⁰⁷

Die Strafrechtsrelevanz, die einige Normen, insbesondere §§ 630d f. BGB, aufweisen, spricht nicht gegen eine Regelung im Bürgerlichen Gesetzbuch. Zwar war im Jahr 1962 vom Deutschen Juristentag die Normierung der ärztlichen Aufklärungspflicht im Strafgesetzbuch befürwortet worden,³⁰⁸ im Rahmen des Patientenrechtegesetzes wäre aber eine Verteilung der Normen zum Arzt-Patienten-Verhältnis auf mehrere Gesetze höchst unerfreulich gewesen. Für die Strafrechtspraxis und -lehre sollte der nun nötige Rückgriff auf das Bürgerliche Gesetzbuch kein Problem darstellen, ist ein solcher doch auch in etlichen anderen Bereichen, zum Beispiel zur Klärung der Fremdheit des Tatobjekts beim Diebstahl, erforderlich.

Die Entscheidung des Gesetzgebers, die Patientenrechte im Bürgerlichen Gesetzbuch zu verorten, war daher richtig. Andere Standorte wären aus genannten Gründen weniger geeignet und zudem auch weniger öffentlichkeitswirksam gewesen, weil eine Änderung an der zivilrechtlichen Zentralmaterie mit besonderer Aufmerksamkeit beobachtet wird.³⁰⁹ Diese Öffentlichkeitswirksamkeit ist beim Patientenrechtegesetz besonders zu begrüßen, weil dadurch (zumindest teilweise) eine inhaltliche Beschäftigung von Patienten und Medizinerinnen mit den rechtlichen Rahmenbedingungen des Behandlungsverhältnisses erreicht wurde.³¹⁰

2. Entscheidung des Streits über die Rechtsnatur des Behandlungsverhältnisses zwischen Kassenpatient und Vertragsarzt

Während das Verhältnis zwischen Privatpatient und Arzt eindeutig als bürgerlich-rechtlich einzuordnen ist, bereitete die Bestimmung der Rechtsnatur der Beziehung zwischen Kassenpatient und Vertragsarzt, die in der Praxis deutlich häufiger

³⁰⁶ Vgl. Jahresgutachten 2000/2001 des Sachverständigenrats für die Konzertierte Aktion im Gesundheitswesen, Bd. 1 (Kurzfassung), S. 45; abrufbar unter: http://www.svr-gesundheit.de/fileadmin/user_upload/Gutachten/2000-2001/kurz-f-de00.pdf <zuletzt abgerufen am 1.7.2014>; vgl. auch *Katzenmeier*, MedR 2011, 201 (205).

³⁰⁷ So auch *Katzenmeier*, MedR 2011, 201 (205); dazu ausführlich *Kluth* in: Fischer/Kluth/Lilie, Rechtsgutachten „Ansätze für eine Stärkung der Patientenrechte“, S. 20 (45).

³⁰⁸ *Ständige Deputation des DJT*: Sitzungsbericht der Verhandlungen der vierten Abteilung des 44. Deutschen Juristentages (1962), Bd. II, F 1 (F 199).

³⁰⁹ *Kubella*, Patientenrechtegesetz, S. 37.

³¹⁰ Beispielsweise hat es an vielen Kliniken Vorträge zum Patientenrechtegesetz gegeben.

anzutreffen ist,³¹¹ bislang Probleme. Die Schwierigkeiten rühren daher, dass das Verhältnis in eine Viererbeziehung eingegliedert ist, in der die kassenärztliche Vereinigung auf Ärzteseite und die Krankenkasse auf Patientenseite hinzutreten.³¹² Aufgrund dieser öffentlich-rechtlichen Einbettung wird das Arzt-Kassenpatienten-Verhältnis teilweise als ein öffentlich-rechtliches aufgefasst, während eine andere Ansicht von einem privatrechtlichen Vertrag ausgeht.³¹³ Dieser Streit ist nicht nur rein akademischer Natur, sondern hat in der Praxis Auswirkungen auf den eröffneten Rechtsweg und die Frage des ärztlichen Ausfallhonorars bei Nichterscheinen des Kassenpatienten zum vereinbarten Arzttermin.³¹⁴ Diesen Meinungsstreit könnte der Gesetzgeber durch die Verortung des Behandlungsvertrages im bürgerlichen Recht und durch seine Äußerungen in den Gesetzgebungsmaterialien entschieden haben. Um dies untersuchen zu können, muss zunächst ausführlicher auf die vertretenen Positionen eingegangen werden.

a) Rechtsverhältnis öffentlich-rechtlicher Natur (sog. Versorgungskonzeption)

Nach Ansicht des Bundessozialgerichts³¹⁵ und eines Teils der (sozialrechtlichen) Lehre³¹⁶ basiert die Behandlung des Kassenpatienten allein auf dessen Anspruch auf vertragsärztliche Versorgung (Versorgungskonzeption), welcher aus dem SGB V folgt. Das Verhältnis zwischen Kassenpatient und Vertragsarzt sei daher kein privatrechtlicher Vertrag, sondern ein gesetzliches Rechtsverhältnis öffentlich-rechtlicher Natur.³¹⁷ Gegen die Annahme eines privatrechtlichen Vertrages spreche, dass, soweit die Behandlung in die Leistungskataloge der gesetzlichen Krankenversicherung falle und der Patient keine Kostenerstattung i. S. d. § 13 Abs. 2 SGB V gewählt habe, der behandelnde Arzt gegen den Kassenpatienten keinen Vergütungsanspruch erlange.³¹⁸ Eine Vergütung bekomme der Vertragsarzt, in pauschalierter Form, von der Kassenärztlichen Vereinigung. Die Behandlung wiederum erhalte der Kassenpatient als Sachleistung von seiner Krankenkasse (sog. Sachleistungsprinzip), wobei der Vertragsarzt im Namen dieser tätig wer-

³¹¹ Nach aktuellen Daten des GKV-Spitzenverbandes und des PKV-Verbandes sind 88,5 % der Patienten gesetzlich krankenversichert, vgl. *o.A.*, DÄ 2013, B 980.

³¹² *Steffen/Dressler*, Arzthaftungsrecht, Rn. 48; vgl. die graphische Darstellung bei *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 107 und *Quaas/Zuck/Clemens*, Medizinrecht, § 18 Rn. 3.

³¹³ Siehe hierzu ausführlich *Hinz*, Das Behandlungsverhältnis zwischen Vertragsarzt und Patient in der gesetzlichen Krankenversicherung.

³¹⁴ Vgl. dazu *Spickhoff/Spickhoff*, Medizinrecht (Kommentar), §§ 611, 613, 631 BGB Rn. 9 m. w. N.

³¹⁵ BSG, NJW 1986, 1574 (1576); NJW 1989, 2351 (2351).

³¹⁶ *Sodan*, Freie Berufe als Leistungserbringer im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung, S. 128; *Krauskopf* in: *Laufs/Uhlenbruck*, Handbuch des Arztrechts, § 25 Rn. 6; *Schnapp*, NZS 2001, 337 (340); *ders./Düring*, NJW 1989, 2913 (2916); *Schmidt-De Caluwe*, VSSR 1998, 207 (224 ff.); *Isensee*, VSSR 1995, 321 (330); *Hauelsen*, NJW 1956, 1745 (1746).

³¹⁷ So explizit BSG, NJW 1986, 1574 (1576).

³¹⁸ *Schnapp*, NZS 2001, 337 (340); *ders./Düring*, NJW 1989, 2913 (2916); vgl. dazu auch BT-Drs. 17/10488, S. 19.

de.³¹⁹ Daher stünden die Leistungen von Arzt und Patient nicht im Synallagma, weshalb nach dieser Ansicht im vorliegenden Rechtsverhältnis kein zivilrechtlicher Vertrag zu erblicken sei. Gegen die Annahme eines privatrechtlichen Vertrages spreche auch der § 76 Abs. 4 SGB V, der die zivilrechtlichen Sorgfaltsanforderungen für das Verhältnis des Arztes zum Kassenpatienten für anwendbar erklärt. Diese Regelung sei überflüssig, wenn zwischen Kassenpatient und Arzt ohnehin ein privatrechtlicher Vertrag zustande komme.³²⁰

b) Privatrechtlicher Vertrag (sog. Vertragskonzeption)

Der Bundesgerichtshof³²¹ und der überwiegende Teil der Lehre³²² geht hingegen davon aus, dass zwischen Arzt und Kassenpatient ein bürgerlich-rechtlicher Vertrag zustande komme (sog. Vertragskonzeption). Der Vertragsschluss sei in der einverständlichen Inanspruchnahme der ärztlichen Behandlung zu sehen.

Für die Einstufung als privatrechtlicher Vertrag spricht, dass das Zivilrecht dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten auf der einen und der Therapiefreiheit des Arztes auf der anderen Seite – mit den jeweils damit einhergehenden Rechten und Pflichten – am besten Rechnung tragen kann.³²³ Zudem sind keine hinreichend gewichtigen Gründe ersichtlich, weshalb man das Verhältnis zwischen Arzt und Kassenpatient grundlegend anders ausgestalten sollte als das zwischen Arzt und Privatpatient.³²⁴ Allein die verschiedenen Vergütungssysteme können keine unterschiedliche Qualifikation der beiden Arzt-Patienten-Verhältnisse rechtfertigen.³²⁵ Weiterhin spiegelt sich das Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patient eher in einer privatautonomen, bürgerlich-rechtlichen Ausgestaltung wider als in einem öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnis. Daneben kann durch diese Einordnung eine größere Rechtssicherheit hinsichtlich der Pflichten der Parteien im Behandlungsverhältnis erreicht werden.³²⁶ Auch § 76 Abs. 4 SGB V spricht nicht gegen die Qualifikation als privatrechtlicher Vertrag, da diese Norm auch dahingehend verstanden werden kann, dass sie nur deklaratorischen Charakter aufweist.³²⁷

³¹⁹ *Wagner*, VersR 2012, 789 (790).

³²⁰ *Schnapp/Düring*, NJW 1989, 2913 (2916); ebenso zu § 368d Abs. 4 RVO: *Narr*, SGB 1986, 32 (33).

³²¹ BGHZ 89, 250 (250); 100, 363 (367 f.); 120, 376 (382 ff.); NJW 1986, 1542 (1543); NJW 2000, 3429 (3430); NJW-RR 2006, 811 (812).

³²² *Quaas/Zuck/Clemens*, Medizinrecht, § 18 Rn. 3; *Kern* in: *Laufs/Kern*, Handbuch des Arztrechts, § 39 Rn. 7; *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 106; *Bamberger/Roth/Janoschek*, BGB, § 328 Rn. 26; *Uhlenbruck/Laufs* in: *Laufs/Uhlenbruck*, Handbuch des Arztrechts, § 40 Rn. 31; *v.Maydell*, NZS 1996, 243 (246); *Schulin*, VSSR 1994, 357 (362).

³²³ Ebenso *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 98; *ders.*, MedR 2012, 576 (578); siehe auch *Jung*, Das Recht auf Gesundheit, S. 132.

³²⁴ *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 97; *Kubella*, Patientenrechtegesetz, S. 117.

³²⁵ Ebenso *Kubella*, Patientenrechtegesetz, S. 117; a. A. *Schnapp*, NZS 2001, 337 (340).

³²⁶ *Schmitt*, SGB 1987, 265 (267); *Kubella*, Patientenrechtegesetz, S. 118.

³²⁷ *Spickhoff/Viefmann*, Medizinrecht (Kommentar), § 76 SGB V Rn. 6; vgl. auch *Becker/Kingreen/Lang*, SGB V, § 76 Rn. 23.

c) Entscheidung des Streits durch den Gesetzgeber

Auch wenn schon vor dem Inkrafttreten des Patientenrechtegesetzes die besseren Argumente für die Vertragskonzeption sprachen, wurde bis zuletzt an der Versorgungskonzeption festgehalten.³²⁸ Der Gesetzgeber hat sich mit dem Patientenrechtegesetz nun aber eindeutig für die Vertragskonzeption entschieden.

Darauf deutet schon die Verortung des Behandlungsvertrages im Bürgerlichen Gesetzbuch hin. Hätte der Gesetzgeber das Arzt-Kassenpatienten-Verhältnis als ein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis eingeordnet wissen wollen, so hätte er entsprechende Regelungen im Sozialgesetzbuch V und nicht im Bürgerlichen Gesetzbuch geschaffen. Die Bestimmungen der §§ 630a ff. BGB können sich nicht nur auf das Verhältnis zwischen Privatpatienten und Ärzten beziehen. Denn, wie bereits angeschnitten, sind nur etwa 10 % der Patienten privat krankenversichert, sodass die umfangreichen Regelungen zum Arzt-Patienten-Verhältnis für einen Großteil der Behandlungen gar nicht bzw. nur über den Umweg des § 76 Abs. 4 SGB V Anwendung fänden.

Ein weiteres Indiz dafür, dass der Gesetzgeber auch zwischen Kassenpatient und Arzt einen bürgerlich-rechtlichen Vertrag annehmen will, ergibt sich aus dem Gesetzeswortlaut. § 630a Abs. 1 a. E. BGB verweist explizit darauf, dass ein Dritter zur Zahlung der Vergütung verpflichtet sein kann. Als Dritter i. S. d. Vorschrift kommen zwar im Arzt-Patienten-Verhältnis auch andere (kostenverpflichtete) Beteiligte als die Krankenkasse in Betracht,³²⁹ diese ist aber in der Praxis mit Abstand der relevanteste kostentragungsverpflichtete Dritte. Durch den Verweis auf den kostenverpflichteten Dritten wird die Hauptargumentationslinie gegen die Vertragskonzeption hinfällig. Diese stützt sich darauf, dass gerade die Vergütung als vertragliche Hauptpflicht nicht vom Patienten selbst getragen werde und deshalb kein synallagmatischer Vertrag zustande kommen könne. Da diese Konstellation nun aber vom Gesetzgeber für den Behandlungsvertrag bewusst vorgesehen wird, kann die verlagerte Kostentragung nicht mehr als Argument gegen einen privatrechtlichen Vertrag zwischen Arzt und Kassenpatient angeführt werden.

Auch wenn die eben genannten Argumente aus Wortlaut und Systematik schon deutlich dafür sprechen, dass der Gesetzgeber sich der Vertragskonzeption angeschlossen hat, hat er dies in den Gesetzesmaterialien nochmals bekräftigt. So wird in der Gesetzesbegründung klargestellt, dass „der Patient und der Arzt (...) einen privatrechtlichen Behandlungsvertrag abschließen“.³³⁰ Aus dem Kontext ergibt sich unmissverständlich, dass hier das Verhältnis zwischen Kassenpatient und Arzt und nicht das zwischen Privatpatient und Arzt gemeint ist.

Damit ist zum einen der angesprochene langjährige Meinungsstreit entschieden und zum anderen die unmittelbare Anwendbarkeit der Regelungen der §§ 630a ff. BGB auf sämtliche Behandlungsverhältnisse unabhängig von der Art

³²⁸ Schnapp, NZS 2001, 337 (340); ausführlich Schmidt-De Caluwe, VSSR 1998, 207 (224 ff.).

³²⁹ Beispielsweise die Eltern eines minderjährigen Privatpatienten.

³³⁰ BT-Drs. 17/10488, S. 19.

der Versicherung des Patienten sichergestellt. Um Irritationen vorzubeugen, sollte der Gesetzgeber bei Gelegenheit den nun völlig überflüssigen § 76 Abs. 4 SGB V streichen.³³¹

3. § 280 Abs. 1 BGB als Haftungsnorm im Behandlungsvertragsrecht

Der Gesetzgeber hat sich im Rahmen des Patientenrechtegesetzes dazu entschieden, keine eigene Haftungsnorm für das Behandlungsvertragsrecht zu schaffen. Damit hat er sich gegen Vorschläge aus der Literatur gestellt, die solche speziellen Haftungsvorschriften vorsahen.³³² Er hält an seiner bisherigen Linie fest, das besondere Schuldrecht so weit wie möglich von Spezialhaftungsnormen freizuhalten. Dies entspricht der Regelungstechnik des Bürgerlichen Gesetzbuchs, allgemeingültige Vorschriften „vor die Klammer“ zu ziehen. Spezielle Haftungsvorschriften hat der Gesetzgeber im besonderen Schuldrecht nur dann vorgesehen, wenn er hinsichtlich der Anspruchsvoraussetzungen oder bezüglich der Rechtsfolgen von § 280 Abs. 1 BGB abweichen wollte.³³³ Zwar ist im Arzthaftungsrecht die Beweislast teilweise anders verteilt, als es bei der „reinen“ Anwendung des § 280 Abs. 1 BGB der Fall wäre, diese Tatsache hat den Gesetzgeber aber zu Recht nicht dazu veranlasst, eine eigene Haftungsnorm zu schaffen. Den angesprochenen arzthaftungsrechtlichen Besonderheiten hat er stattdessen durch eine Sondervorschrift zu Beweislastverteilung (§ 630h BGB) Rechnung getragen. Dies erscheint systematisch überzeugender. Der Verzicht auf eine spezielle Haftungsnorm für das Behandlungsvertragsrecht ist auch deshalb zu begrüßen, weil auf diese Weise die Gefahr von Umkehrschlüssen zum allgemeinen Dienstvertragsrecht und zum übrigen Schuldrecht vermieden wird.³³⁴ Da die Rechtsprechung schon vor Inkrafttreten des Patientenrechtegesetzes die vertragliche Arzthaftung auf § 280 Abs. 1 BGB gestützt hat, ist hierin keine Änderung zur bisherigen Rechtslage zu sehen.

Interessant ist jedoch, die Frage der Anwendbarkeit der Verschuldensvermutung des § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB auf das Arzthaftungsrecht. Nach verbreiteter Ansicht in der Literatur findet diese Norm seit ihrer Einführung im Rahmen der Schuldrechtsreform (2002) ohnehin Anwendung auf das Arzthaftungsrecht.³³⁵ Anders sah dies jedoch auch noch nach der Schuldrechtsreform der Bundesgerichtshof³³⁶. Dieser lehnte die Anwendung des § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB auf den Kernbereich der ärztlichen Haftung ab, weil „die Vorgänge im lebenden Organis-

³³¹ So auch der Vorschlag von *Kubella*, Patientenrechtegesetz, S. 111, 202.

³³² Siehe *Deutsch/Geiger*, Der medizinische Behandlungsvertrag, S. 1049 (1108 ff. und 1112 f.); *Verbraucherzentrale Bundesverband e.V.*, Elemente eines Patientenrechte- und Informationsgesetzes, S. 44.

³³³ Siehe etwa §§ 536a, 651f BGB.

³³⁴ So ausdrücklich BT-Drs. 17/10488, S. 11.

³³⁵ *Deutsch*, JZ 2002, 588 (591); *Katzenmeier*, VersR 2002, 1066 (1069); *Spindler/Rieckers*, JuS 2004, 272 (274).

³³⁶ BGH, VersR 1967, 663 (664); NJW 1977, 1102 (1103); so zuletzt noch im Jahr 2007: BGHZ 171, 358 (361).

mus auch vom besten Arzt nicht immer so beherrscht werden [können], dass schon der ausbleibende Erfolg oder auch ein Fehlschlag auf ein Verschulden bei der Behandlung hindeuten würde“.³³⁷ Die Verschuldensvermutung des § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB wollte der Bundesgerichtshof nur im Bereich der „voll beherrschbaren Risiken“ annehmen.³³⁸ Der Gesetzgeber weist nun in der Gesetzesbegründung ausdrücklich darauf hin, dass § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB im Rahmen des (gesamten) Arzthaftungsrechts angewendet werden soll.³³⁹ Erstaunlicherweise unterlässt er es an dieser Stelle aber, die Abweichung von der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kenntlich zu machen.

Große praktische Auswirkungen wird die nun geklärte Anwendbarkeit der Verschuldensvermutung des § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB auf alle Arzthaftungsfälle allerdings nicht haben. Ein Verschulden des Arztes wird im Regelfall durch fahrlässiges Handeln begründet. Die für die Fahrlässigkeit erforderliche Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt (vgl. § 276 Abs. 2 BGB) wird im Zivilrecht objektiv-abstrakt, typisierend festgestellt,³⁴⁰ sodass individuelle Kenntnisse und Fähigkeiten des Arztes außer Betracht bleiben.³⁴¹ Da aber die Pflichtverletzung ebenfalls objektiv bestimmt wird, richten sich Pflichtverletzung und Fahrlässigkeit – als relevanteste Form des Verschuldens – regelmäßig nach denselben Maßstäben und Gesichtspunkten.³⁴² Unterschiede zwischen beiden können sich daher nur in relativ seltenen Fällen, etwa beim entschuldigtem Rechtsirrtum und bei Nichterkennbarkeit des (medizinischen) Standards, ergeben.³⁴³ Aus diesem Grunde gibt es im Zivilrecht³⁴⁴ praktisch kaum eine nicht zu vertretende Pflichtverletzung.³⁴⁵ Daher spielt die Verschuldensfrage im (vertraglichen) Arzthaftungs-

³³⁷ BGH, NJW 1991, 1540 (1541); vgl. auch BGH, NJW 1981, 2002 (2004); siehe zum Ganzen *Olsen/Metzmacher*, JR 2012, 271 (277).

³³⁸ So ausdrücklich BGHZ 171, 358 (361).

³³⁹ BT-Drs. 17/10488, S. 28.

³⁴⁰ BGHZ 39, (281) 283; 113, 297 (303); 129, 226 (232); Palandt/*Grüneberg*, BGB, § 276 Rn. 15 m. w. N.; Jauernig/*Stadler*, BGB, § 276 Rn. 29 m. w. N.; ungenau ist insoweit die Formulierung des Gesetzgebers, der davon spricht, dass der Behandelnde zu beweisen hat, „dass er die objektiv fehlerhafte Behandlung subjektiv nicht zu vertreten hat“, BT-Drs. 17/10488, S. 28.

³⁴¹ BGH, NJW 2001, 1786 (1787); NJW 2003, 2311 (2313); MünchKomm/*Wagner*, BGB, § 823 Rn. 776; *Laufs/Kern* in: *Laufs/Kern*, Handbuch des Arztrechts, § 97 Rn. 17; es gilt allerdings das Prinzip der Gruppenfahrlässigkeit, wonach sich die Sorgfaltsanforderungen an den vorausgesetzten Fähigkeiten eines Verkehrskreises, beispielsweise der Allgemeinmediziner oder der jeweiligen Fachärzte, ausrichtet.

³⁴² Vgl. *Taupitz*, AcP 211, 352 (354); *Spickhoff*, NJW 2002, 2530 (2535).

³⁴³ Vgl. MünchKomm/*Ernst*, BGB, § 280 Rn. 14; *Taupitz*, AcP 211, 352 (354 [Fn. 8]), *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 316 m. w. N.; *Spickhoff*, NJW 2002, 2530 (2536 f.). Zur wohl eher dogmatisch denn praktisch relevanten Trennung zwischen „äußerer Sorgfalt“ als Komponente der Pflichtverletzung und „innerer Sorgfalt“ als Bestandteil der Fahrlässigkeit siehe *Deutsch*, Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt, S. 93 ff. und *Katzenmeier*, Arzthaftungsrecht, S. 186 ff.

³⁴⁴ Anders als im Zivilrecht ist im Strafrecht der Sorgfaltsmaßstab individuell-subjektiv ausgerichtet, vgl. *Taupitz*, AcP 211, 352 (354).

³⁴⁵ *Taupitz*, AcP 211, 352 (354); *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 316 m. w. N.; *Spickhoff*, NJW 2002, 2530 (2537).

prozess praktisch nur eine geringe Rolle, weshalb die nun feststehende allgemeine Anwendbarkeit des § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB kaum Auswirkungen haben wird³⁴⁶. Deshalb war eine Klarstellung hinsichtlich der Anwendbarkeit des § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB im Rahmen des Gesetzestextes, wie *Olzen* und *Metzmacher*³⁴⁷ sie forderten, nicht erforderlich.

4. Anwendbarkeit der §§ 630a ff. BGB auf die Behandlung von Bewusstlosen, Geschäftsunfähigen und beschränkt Geschäftsfähigen

Soweit die Behandlung von bewusstlosen, geschäftsunfähigen oder beschränkt geschäftsfähigen Patienten in Frage steht, richtet sich das Zustandekommen eines Behandlungsvertrages und damit die grundsätzliche Anwendbarkeit der §§ 630a ff. BGB nach den Vorschriften über Willenserklärungen, §§ 104 ff. BGB.

a) Die Behandlung von Bewusstlosen in Notfallsituationen

Da eine bewusstlose³⁴⁸ Person nicht handlungsfähig ist, kann sie nicht den Tatbestand der Willenserklärung erfüllen,³⁴⁹ sodass zwischen einem Bewusstlosen und einem Arzt kein Behandlungsvertrag zustande kommen kann. Für die Behandlung sind in einem solchen Fall die Regeln über die Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677 ff. BGB) anwendbar. Aufgrund des § 681 Satz 1 darf der Arzt nur die vital oder absolut indizierten Maßnahmen treffen und muss ansonsten abwarten, bis der Patient selbst wieder entscheiden kann.³⁵⁰ Auch eine Behandlung im Rahmen der Geschäftsführung ohne Auftrag entbindet den Arzt selbstverständlich nicht von seiner Pflicht, den fachlichen Standard einzuhalten.³⁵¹ Insoweit kann auf § 630a Abs. 2 BGB zurückgegriffen werden. Zudem hat auch der Notarzt seine

³⁴⁶ Ähnlich äußert sich Palandt/*Grüneberg*, BGB, 70. Aufl. 2011, § 280 Rn. 42 (noch zur Einführung des § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB im Rahmen der Schuldrechtsreform): „Besondere Bedeutung hat diese Änderung nicht. Der Fall, dass ein Gericht einen Behandlungsfehler festgestellt, ein Verschulden des Arztes aber als nicht bewiesen angesehen hat, ist praktisch kaum vorgekommen.“ Diese Feststellung stützt zudem die statistische Untersuchung von *Stolz*, VersR 1978, 797 (798): von 15.000 untersuchten Arzthaftpflichtfällen betrafen 79 % ein objektives Fehlverhalten des Arztes, 20 % Kausalitätsfragen und nur 1 % das Verschulden des Arztes bei nachgewiesenem Behandlungsfehler.

³⁴⁷ *Olzen/Metzmacher*, JR 2012, 271 (277).

³⁴⁸ „Bewusstlos“ soll in diesem Zusammenhang anders verstanden werden, als dies das Bürgerliche Gesetzbuch in § 105 Abs. 2 BGB tut. Während die von dieser Norm angesprochenen Personen noch handlungsfähig sind, weshalb über die rechtliche Bedeutung dieser Handlung geurteilt werden muss, sollen hier mit „bewusstlos“ Personen beschrieben werden, denen das Bewusstsein völlig fehlt (Ohnmacht).

³⁴⁹ Vgl. dazu Palandt/*Ellenberger*, BGB, § 105 Rn. 2; Bamberger/*Roth/Wendland*, BGB, § 105 Rn. 5; MünchKomm/*Schmitt*, BGB, § 105 Rn. 39.

³⁵⁰ *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 109; *Lipp* in: Laufs/*Katzenmeier/Lipp*, Arztrecht, Kap. III Rn. 52.

³⁵¹ Dieser Standard ist selbstverständlich im Verhältnis zu den strengen Anforderungen an ärztliches Verhalten in einer Normalsituation aufgrund der gebotenen Eile und der Unvorhersehbarkeit des Notfalls gegebenenfalls erheblich abgesenkt, vgl. *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 955; ausführlich dazu *Debong*, ArztR 2003, 288.

Behandlung zu dokumentieren.³⁵² § 630d Abs. 1 Satz 4 BGB enthält darüber hinaus eine explizite Regelung zu der Frage der nicht einholbaren Einwilligung bei unaufschiebbaren Maßnahmen.³⁵³ Die dort niedergelegte Orientierung am mutmaßlichen Willen des Patienten entspricht der Wertung des § 683 BGB.³⁵⁴

b) Die Behandlung von Geschäftsunfähigen und beschränkt Geschäftsfähigen

Nimmt ein Geschäftsunfähiger eine medizinische Behandlung in Anspruch, so kommt nach §§ 104 f. BGB zwischen diesem und dem Arzt kein Behandlungsvertrag zustande. Der Vertrag muss vielmehr zwischen dem gesetzlichen Vertreter und dem Arzt abgeschlossen werden.³⁵⁵ Zu diesem Vertragsschluss kann es entweder konkludent kommen, wenn der Vertreter den Geschäftsunfähigen zum Arzt begleitet, oder dadurch, dass der allein auftretende Geschäftsunfähige als Bote eine entsprechende Willenserklärung seines gesetzlichen Vertreters übermittelt.³⁵⁶ Kommt es zu keinem Vertragsschluss, so richtet sich die Behandlung nach den §§ 677 ff. BGB.

Gibt ein beschränkt Geschäftsfähiger eine eigene auf das Zustandekommen eines Behandlungsvertrages gerichtete Willenserklärung ab, ist diese nur wirksam, wenn entweder der gesetzliche Vertreter zustimmt (§§ 107, 108 BGB) oder die Willenserklärung lediglich rechtlich vorteilhaft ist (§ 107 BGB). Hinsichtlich der rechtlichen Vorteilhaftigkeit muss zwischen privat- und gesetzlich versicherten, beschränkt Geschäftsfähigen differenziert werden. Ein privatversicherter beschränkt Geschäftsfähiger ist wegen des mit der Zahlungspflicht verbundenen rechtlichen Nachteils nicht in der Lage alleine einen wirksamen Behandlungsvertrag abzuschließen.³⁵⁷

Bei gesetzlich versicherten, beschränkt Geschäftsfähigen ist diese Frage hingegen umstritten. Nach einer Ansicht³⁵⁸ kann ein wirksamer Behandlungsvertrag auch ohne die Zustimmung der gesetzlichen Vertreter zustande kommen. Die Willenserklärung des gesetzlich versicherten, beschränkt Geschäftsfähigen sei nicht mit einem rechtlichen Nachteil verbunden, weil diesen keine Vergütungs-

³⁵² Diese Pflicht folgt aus den landesrechtlichen Rettungsdienstgesetzen bzw. den zugehörigen Durchführungsverordnungen und aus § 10 MBO-Ä. Ein Rückgriff auf § 630f BGB analog wird daher nicht erforderlich sein. Zu Dokumentationspflicht des Notarztes ausführlich *Kern* in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 17a Rn. 48 f.

³⁵³ Siehe dazu eingehend Kap. 3 V. 3.

³⁵⁴ Siehe *Spickhoff*, VersR 2013, 267 (275).

³⁵⁵ *Kubella*, Patientenrechtegesetz, S. 122; der Vertrag ist in der Regel wohl als Vertrag zu Gunsten Dritter § 328 BGB zu qualifizieren, vgl. *Uhlenbruck/Laufs* in: Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, § 40 Rn. 8.

³⁵⁶ Näher dazu *Uhlenbruck/Laufs* in: Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, § 40 Rn. 8 (insbesondere Fn. 15).

³⁵⁷ So *Soergel/Spickhoff*, BGB, § 823 Anh. I Rn. 13; *Spickhoff/Spickhoff*, Medizinrecht (Kommentar), §§ 611, 613, 631 BGB Rn. 6; *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 126; anders *Quaas/Zuck/Quaas*, Medizinrecht, § 14 Rn. 21.

³⁵⁸ *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 126; *Soergel/Spickhoff*, BGB, § 823 Anh. I Rn. 12.

pflicht treffe. Ein rechtlicher Nachteil sei auch nicht in einem möglichen Behandlungsmisserfolg zu sehen, weil dieser lediglich einen mittelbaren faktischen Nachteil darstelle.³⁵⁹ Dieser Auffassung wird entgegen gehalten, dass ein Behandlungsvertrag neben der Zahlungspflicht noch weitere Pflichten des Patienten enthalte, weshalb dieser Vertrag auch bei einem gesetzlich versicherten Minderjährigen nicht lediglich rechtlich vorteilhaft sei.³⁶⁰ Eine andere Ansicht³⁶¹ geht davon aus, dass ein gesetzlich versicherter, beschränkt Geschäftsfähiger nach Vollendung des 15. Lebensjahres und der damit eintretenden Sozialrechtsmündigkeit (vgl. § 36 Abs. 1 SGB I) die ihm zustehende ärztliche Behandlung selbst in Anspruch nehmen kann und er daher nicht der Zustimmung der Eltern zum Vertragsschluss bedarf. Allerdings sollte der Arzt nach dieser Ansicht die gesetzlichen Vertreter mit Blick auf § 36 Abs. 1 Satz 2 SGB I und die eventuell nötige Einwilligung der gesetzlichen Vertreter in ärztliche Maßnahmen unterrichten.³⁶² Da als Folge dieser beiden Ansichten eine inhaltlich nicht zu rechtfertigende Ungleichbehandlung zwischen privat und gesetzlich versicherten, beschränkt Geschäftsfähigen besteht, ist man sich unter den Vertretern der Ansichten weitgehend einig, dass vorrangig vertragliche Beziehungen zwischen den gesetzlichen Vertretern und dem Arzt zustande kommen sollen.³⁶³ Dies wird, wie bei Geschäftsunfähigen, dadurch erreicht, dass der allein auftretende Minderjährige als Bote angesehen wird, der die Willenserklärung der gesetzlichen Vertreter übermittelt, und der Arzt dieses Angebot durch die Aufnahme der Behandlung annimmt.³⁶⁴

c) Keine Änderungen durch das Patientenrechtegesetz

Der Gesetzgeber hat sich weder im Gesetzestext noch in der Begründung zur Frage des Zustandekommens von Behandlungsverträgen bei Bewusstlosen, Geschäftsunfähigen oder beschränkt Geschäftsfähigen geäußert. Denkbar wäre etwa eine Regelung gewesen, die eine partielle Geschäftsfähigkeit³⁶⁵ zu Gunsten derjenigen Minderjährigen eingeführt hätte, die einwilligungsfähig sind.³⁶⁶ Da es nun

³⁵⁹ Siehe dazu *Spickhoff*, VersR 2013, 267 (270): „kein rechtlicher Nachteil“.

³⁶⁰ *Bender*, MedR 1997, 7 (8 f.); vgl. dazu auch *Hanau* in: FS für Baumgärtel, S. 121 (135 f.); dem wiederum entgegenstehend: *Kern* in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 39 Rn. 24.

³⁶¹ *Quaas/Zuck/Quaas*, Medizinrecht, § 14 Rn. 21; *Lipp* in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, Kap. III Rn. 19.

³⁶² *Lipp* in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, Kap. III Rn. 19.

³⁶³ *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 127; *Spickhoff*, VersR 2013, 267 (270); *Kubella*, Patientenrechtegesetz, S. 123.

³⁶⁴ *Soergel/Spickhoff*, BGB, § 823 Anh. I Rn. 13; *Uhlenbruck/Laufs* in: Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, § 40 Rn. 8; *Lipp* in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, Kap. III Rn. 19; *Kubella*, Patientenrechtegesetz, S. 123.

³⁶⁵ So *Spickhoff*, Stellungnahme zum Patientenrechtegesetz im Rechts- und Gesundheitsausschuss vom 22.10.2012, Ausschussdrucksache 17(14)0326(4), S. 7.

³⁶⁶ Der Umfang einer solchen partiellen Geschäftsfähigkeit ist allerdings sehr problematisch, weil der Minderjährige zwar in Bezug auf einige Behandlungsmaßnahmen einwilligungsfähig sein kann, es hinsichtlich anderer Maßnahmen (innerhalb des gleichen Behandlungsvertrages) aber an einer Ein-

aber an einer gesetzgeberischen Stellungnahme fehlt, kann an den von Rechtsprechung und Lehre gefundenen Lösungen festgehalten werden. Die umstrittene Frage, ob ein gesetzlich versicherter, beschränkt Geschäftsfähiger ohne Mitwirkung der gesetzlichen Vertreter einen Behandlungsvertrag abschließen kann, hat der Gesetzgeber weiterhin der Rechtsprechung und Lehre überlassen.³⁶⁷

5. Anwendbarkeit der §§ 630a ff. BGB in zeitlicher Hinsicht

Die §§ 630a ff. BGB sind gem. Art. 5 des Patientenrechtegesetzes zum 26. Februar 2013 in Kraft getreten und damit uneingeschränkt auf alle Behandlungsverhältnisse anzuwenden, die ab diesem Datum entstanden sind. Da das Gesetz keine Überleitungsvorschriften enthält, kommt grundsätzlich weder eine Anwendung auf ältere Behandlungsverhältnisse in Betracht noch entfalten einzelne Vorschriften erst zeitlich verzögert Geltung. Soweit in den §§ 630a ff. BGB allerdings ohnehin geltende richterrechtliche Grundsätze niedergelegt wurden, können diese Vorschriften auch auf Behandlungsverträge angewendet werden, die vor dem 26. Februar 2013 abgeschlossen wurden. Die §§ 630a ff. BGB sind bei gestreckten Behandlungsverläufen ab dem Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gesetzes anwendbar. Vor diesem Zeitpunkt erfolgte Aufklärungen oder Dokumentationen müssen nicht wiederholt werden, um diese an die neue Gesetzeslage „anzupassen“.

II. Vertragstypische Pflichten beim Behandlungsvertrag, § 630a BGB

§ 630a BGB stellt die Zentralnorm des Untertitels „Behandlungsvertrag“ dar. Sie beschreibt an der Spitze stehend die vertragstypischen Pflichten.³⁶⁸ Dies entspricht in systematischer Hinsicht dem Konzept des besonderen Schuldrechts, wie ein Blick beispielsweise in §§ 433, 611 BGB verrät. Diese Normen dienen gerade in Zweifelsfragen der Festlegung des Vertragstypus.

Gemäß § 630a Abs. 1 BGB verpflichtet sich die eine Seite (der Behandelnde) zur Vornahme einer medizinischen Behandlung und die andere Seite (der Patient) zur Zahlung der vereinbarten Vergütung. Der ausdrückliche Verweis darauf, dass ein Dritter zur Zahlung der Vergütung verpflichtet sein kann, stellt eine Besonderheit dar, die sonst an keiner Stelle im besonderen Schuldrecht anzutreffen

willingungsfähigkeit fehlen kann. Die Anknüpfung einer partiellen Geschäftsfähigkeit an eine bestimmte Altersstufe würde alle Vor- und Nachteile einer solchen starren Altersgrenze mit sich bringen, vgl. dazu (allerdings mit Bezug zur Einwilligung) *Taupitz*, Gutachten A für den 63. DJT (2000), Bd. 1, A 1 (A 60 f.); *Coester-Waltjen*, MedR 2012, 553 (558).

³⁶⁷ Dies bedauernd *Spickhoff*, ZRP 2012, 65 (68).

³⁶⁸ So ist die Norm auch überschrieben.

ist.³⁶⁹ Der Absatz 2 spezifiziert die medizinische Behandlung als vertragscharakteristische Pflicht und stellt klar, dass die bestehenden, allgemein anerkannten fachlichen Standards einzuhalten sind, soweit nicht etwas anderes vereinbart ist.

1. Qualifizierung als dienstvertragsähnliches Verhältnis

Schon durch die Verortung des Untertitels „Behandlungsvertrag“ innerhalb des besonderen Schuldrechts musste sich der Gesetzgeber dafür entscheiden, welchen Vertragstypus er dem Behandlungsvertrag beimessen will. Aus der Einordnung des Behandlungsvertrags unter dem Titel 8 „Dienstvertrag und ähnliche Verträge“, wird deutlich, dass sich der Gesetzgeber – der ganz herrschenden Meinung entsprechend³⁷⁰ – gegen den Werkvertrag als charaktergebenden Vertragstypus entschieden hat. Hierfür sprechen zahlreiche, bereits im Rahmen der geschichtlichen Entwicklung des Behandlungsvertrages genannte Argumente.³⁷¹ Dem Gesetzgeber ist durch die Eingliederung in den Titel 8 ein Ausgleich gelungen zwischen der Ansicht, die den Behandlungsvertrag bisher als einen *contractum sui generis* angesehen hat³⁷² und der herrschenden Meinung, die den Behandlungsvertrag schlicht als Dienstvertrag qualifiziert hat. Einerseits wird durch die Schaffung des eigenen Untertitels „Behandlungsvertrag“ dessen Eigenständigkeit dokumentiert, andererseits bleibt durch die Unterstellung unter den Titel „Dienstvertrag und ähnliche Verhältnisse“ die Nähe zum Dienstvertrag gewahrt.

Was der Gesetzgeber genau unter einem dienstvertragsähnlichen Vertrag versteht, ergibt sich, wenn man einen Blick in § 630b BGB wirft. Danach sind auf den Behandlungsvertrag die Vorschriften über den Dienstvertrag, mit Ausnahme der arbeitsrechtlichen Vorschriften, anzuwenden. Die Bestimmungen aus dem Untertitel „Behandlungsvertrag“ gehen jedoch als *lex specialis* den Dienstvertragsregeln vor (vgl. § 630b a. E. BGB).³⁷³ Auf diese Weise stellt der Gesetzgeber einerseits sicher, dass den Besonderheiten des Arzt-Patienten-Verhältnisses durch die Regelungen der §§ 630a ff. BGB hinreichend Rechnung getragen wird, andererseits aber der Rückbezug auf das Dienstvertragsrecht gewahrt bleibt. Dieser Rückbezug kann eine gewisse Homogenität der beiden Verträge unter dem Titel 8 sicherstellen und sorgt damit dafür, dass das besondere Schuldrecht nicht durch einen neuen, völlig alleinstehenden Vertragstyp weiter an Übersichtlichkeit verliert.

³⁶⁹ Zu diesem Halbsatz näher Kap. 3 II. 2.

³⁷⁰ Vgl. Bamberger/Roth/*Fuchs*, BGB, § 611 Rn. 16; MünchKomm/*Müller-Glöge*, BGB, § 611 Rn. 79 m. w. N.

³⁷¹ Siehe oben Kap. 1 I. 1. a).

³⁷² *Deutsch/Geiger*, Der medizinische Behandlungsvertrag, S. 1049 (1095); *Jung*, Recht auf Gesundheit, S. 162 ff.; *Luig* in: Vertragsschuldverhältnisse (1974) S. 225 (227).

³⁷³ Siehe dazu BT-Drs. 17/10488, S. 20.

a) Verträge im Grenzbereich zwischen Behandlungsvertrags- und Werkvertragsrecht

Auch wenn der Behandlungsvertrag bereits vor Inkrafttreten des Patientenrechtgesetzes grundsätzlich als Dienstvertrag eingestuft wurde, gab es einige Verträge, die als Werkvertrag qualifiziert wurden oder zumindest werkvertragliche Elemente enthielten. Die Zuordnung derartiger Verträge zu dem einen oder dem anderen Vertragstypus war häufig nicht einfach und teilweise auch umstritten. Diese Einordnungsproblematik, die sich früher zwischen Dienst- und Werkvertrag stellte, besteht nach neuer Rechtslage nunmehr zwischen Behandlungs- und Werkvertrag. Fraglich ist, ob die Zuordnung, wie sie im Verhältnis von Dienst- zu Werkvertrag vorgenommen wurde, für das Verhältnis von Behandlungs- zu Werkvertrag inhaltsgleich übernommen werden kann.

Der Gesetzestext gibt hierüber keinen Aufschluss. Eine explizite Regelung aller Verträge aus dem benannten Grenzbereich hätte allerdings den Rahmen der §§ 630a ff. BGB gesprengt und der Intransparenz des Gesetzestextes Vorschub geleistet.³⁷⁴ Etwas überraschend ist jedoch, dass der Normtext in keiner Weise darauf hinweist, dass Behandlungsverträge auch werkvertragliche Elemente enthalten können.³⁷⁵ Eine derartige Klarstellung wäre im Rahmen des § 630b BGB durchaus möglich gewesen. Anders als man aus dem fehlenden Verweis auf das Werkvertragsrecht in § 630b BGB zunächst schließen könnte, wollte der Gesetzgeber die Verträge aus dem Grenzbereich zwischen Behandlungs- und Werkvertrag nicht vollständig dem Behandlungsvertragsrecht zuschlagen. Dies zeigen die Gesetzesmaterialien, die ausdrücklich auf den Werkvertrag hinweisen.³⁷⁶ Insgesamt sind die Aussagen des Gesetzgebers in diesem Bereich allerdings sehr spärlich. Dies deutet darauf hin, dass er die bisherige Einordnung der Verträge aus dem Grenzbereich zwischen Dienst- und Werkvertragsrecht weitgehend beibehalten und auf das Verhältnis zwischen Behandlungs- und Werkvertragsrecht übertragen wollte.³⁷⁷ Welchem Vertragstypus die einzelnen Verträge aus dem Grenzbereich zuzuordnen sind, soll im Folgenden kurz dargestellt werden.

³⁷⁴ Transparenz der Patientenrechte war aber gerade ein erklärtes Ziel des Gesetzgebers beim Erlass des Patientenrechtgesetzes, vgl. BT-Drs. 17/10488, S. 1.

³⁷⁵ Vgl. Kern in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 38 Rn. 13; MünchKomm/Müller-Glögge, BGB, § 611 Rn. 83.

³⁷⁶ BT-Drs. 17/10488, S. 17.

³⁷⁷ Diese Einschätzung teilend Spickhoff, ZRP 2012, 65 (66). Der Gesetzgeber wollte bestehende Einordnungsstreitfragen offensichtlich weiterhin der Rechtsprechung und Lehre überlassen.

aa) *Verträge über kosmetische Behandlungen*

(1) *Der bisherige Streitstand zur vertragsrechtlichen Qualifikation der kosmetischen Behandlung*

Die Qualifizierung von Verträgen über kosmetische Behandlungen, insbesondere Schönheitsoperationen, war bisher umstritten.³⁷⁸ Insgesamt existierten drei unterschiedliche Auffassungen zu dieser Frage der vertragsrechtlichen Einordnung. Eine Ansicht stufte die Verpflichtung zur Vornahme eines kosmetischen Eingriffs als Werkvertrag ein.³⁷⁹ Dafür spreche zum einen die leichtere Erreichbarkeit des Erfolgs bei kosmetischen Operationen gegenüber sonstigen Eingriffen. Zum anderen werde der Arzt im Bereich der wunscherfüllenden Medizin nicht in erster Linie altruistisch, sondern vielmehr merkantilistisch motiviert tätig, weshalb der Behandelnde nur im Erfolgsfall einen Vergütungsanspruch erlangen solle.³⁸⁰ *Busche* hielt bei kosmetischen Operationen sogar „die Einstandspflicht des Arztes für den Erfolg seines Eingriffs [für] offensichtlich“.³⁸¹

Nach anderer Ansicht war der Vertrag über eine kosmetische Behandlung als Dienstvertrag zu qualifizieren.³⁸² Diese Einstufung wurde damit begründet, dass auch bei kosmetischen Operationen ein Eingriff in einen lebenden Organismus stattfindet. Daher sei die Herbeiführung eines wie auch immer gearteten Erfolges nicht sicher möglich, weil dieser auch hier von der individuellen Konstitution und dem Verhalten des Patienten nach der Operation abhängig sei.³⁸³ Gegen eine werkvertragliche Einordnung von kosmetischen Behandlungen spreche, dass der Behandelnde unverhältnismäßig belastet werde, wenn schicksalhafte Verläufe, die eher der Sphäre des Patienten zuzuordnen seien,³⁸⁴ zu seinem Nachteil gingen.³⁸⁵ Zudem werde der Arzt bei kosmetischen Eingriffen nicht übermäßig merkantilistisch tätig, weil die GOÄ vom Bundesgerichtshof³⁸⁶ für diesen Bereich für anwendbar erklärt worden sei.³⁸⁷

³⁷⁸ Ausführlich zum Meinungsstand: *J.Prütting*, MedR 2011, 275 ff.

³⁷⁹ MünchKomm/*Busche*, BGB, § 631 Rn. 239; *Isele* in: Mergen (Hrsg.), Die jur. Problematik in der Medizin, Bd. 3, S. 11 (16); *Barnikel*, VersR 1989, 236 (236f.); *Eberbach*, MedR 2008, 325 (334f.); *Fikentscher/Heinemann*, Schuldrecht, Rn. 1132.

³⁸⁰ *Eberbach*, MedR 2008, 325 (335); dazu auch *ders.* in: *Wienke/Eberbach/Kramer/Janke* (Hrsg.), Die Verbesserung des Menschen, S. 17 (26 f.).

³⁸¹ MünchKomm/*Busche*, BGB, § 631 Rn. 239.

³⁸² OLG Köln, MDR 1988, 317 (317); OLG Hamburg, MDR 2001, 799 (799); *Martis/Winkhart-Martis*, Arzthaftungsrecht – Fallgruppenkommentar, A 429 m. w. N.

³⁸³ *Kern* in: *Laufs/Kern*, Handbuch des Arztrechts, § 38 Rn. 27; *Rieger*, Lexikon des Arztrechts, Rn. 1000.

³⁸⁴ *Lorz*, Arzthaftung bei Schönheitsoperationen, S. 74.

³⁸⁵ *Katzgenmeier*, Arzthaftung, S. 99; *Kern* in: *Laufs/Kern*, Handbuch des Arztrechts, § 38 Rn. 11 f.

³⁸⁶ Vgl. BGH, MedR 2006, 424 (424 f.).

³⁸⁷ *Kern/Richter* in: Die Verbesserung des Menschen, S. 129 (138); vgl. dazu auch *J.Prütting*, MedR 2011, 275 (277).

Die vermittelnde dritte und vorherrschende Meinung ging davon aus, dass bei kosmetischen Operationen grundsätzlich ein Dienstvertrag zustande kommt³⁸⁸. Ein Werkvertrag sollte nur ausnahmsweise angenommen werden, wenn der Erfolg ausdrücklich vertraglich vereinbart wurde.³⁸⁹ An die ausdrückliche Vereinbarung des medizinischen Erfolgs wurden relativ strenge Anforderungen gestellt.³⁹⁰ Zusagen an den Patienten, wie beispielsweise er „werde hinterher toll aussehen“³⁹¹ oder er „bekomme eine wunderschöne, gerade Nase“³⁹², wurden als zu allgemein angesehen, um als werkvertragliches Erfolgsversprechen qualifiziert werden zu können.

(2) Die Lösung des Gesetzgebers

Der Vertrag über kosmetische Behandlungen ist der einzige Vertrag aus dem Grenzbereich zwischen Behandlungs- und Werkvertrag zu dem sich der Gesetzgeber in den Gesetzesmaterialien ausführlicher äußert. In der Gesetzesbegründung weist er darauf hin, dass auch bei Verträgen über kosmetische Eingriffe grundsätzlich kein Behandlungserfolg geschuldet ist, die Parteien allerdings im Einzelfall die Erfolgserbringung ausdrücklich vereinbaren können.³⁹³ Damit folgt er der bisher herrschenden Auffassung, sodass Verträge über kosmetische Behandlungen nunmehr grundsätzlich Behandlungsverträge i. S. d. §§ 630a ff. BGB sind und nur bei ausdrücklicher Vereinbarung des Erfolges als Werkvertrag zu qualifizieren sind.

(a) Ausschließliche Anwendbarkeit von Werkvertragsrecht bei Verträgen über kosmetische Behandlungen mit Erfolgsvereinbarung

Der Gesetzgeber geht davon aus, dass bei kosmetischen Verträgen mit Erfolgsvereinbarung die Anwendbarkeit der §§ 630a ff. BGB gänzlich ausgeschlossen ist. Hierzu heißt es in der Gesetzesbegründung: „Soweit die Parteien allerdings im Einzelfall vereinbaren, dass ein Behandlungs- oder medizinischer Erfolg geschuldet ist, ist der Anwendungsbereich der §§ 630a ff. BGB nicht eröffnet und die Rechte und Pflichten der Vertragsparteien folgen aus den Vorschriften über den

³⁸⁸ OLG Hamburg, MDR 2006, 873 (873); Bamberger/Roth/Voit, BGB, § 631 Rn. 11e; MünchKomm/Müller-Glöge, BGB, § 611 Rn. 79; Lipp in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, Kap. III Rn. 28; Uhlenbruck/Laufs in: Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, § 39 Rn. 31 f.; Lorz, Arzthftung bei Schönheitsoperationen, S. 79.

³⁸⁹ LMX, GesR 2006, 6 (6); MünchKomm/Müller-Glöge, BGB, § 611 Rn. 79. Problematisch ist, inwieweit das ärztliche Standesrecht eine Zusage des Heilungserfolgs überhaupt zulässt. Dagegen könnte § 11 Abs. 2 Satz 2 MBO-Ä sprechen. Im Ergebnis wird aber die Zusage des Heilungserfolgs bei wunschmedizinischen Maßnahmen als zulässig erachtet, vgl. dazu näher: J.Prüftung, MedR 2011, 275 (278).

³⁹⁰ Bamberger/Roth/Voit, BGB, § 631 Rn. 11e; vgl. auch OLG Hamburg, MDR 2006, 873 (873).

³⁹¹ OLG Hamburg, MDR 2006, 873 (873).

³⁹² OLG Köln, MDR 1988, 317 (317).

³⁹³ BT-Drs. 17/10488, S. 17.

Werkvertrag gemäß §§ 631 ff. BGB.³⁹⁴ Dieser Ausschluss der Anwendbarkeit des allgemeinen Behandlungsvertragsrechts entspricht nicht der bislang herrschenden Auffassung. Es ist richtig, dass die herrschende Meinung den kosmetischen Vertrag mit Erfolgsversprechen als Werkvertrag einordnete. Mit dieser Qualifizierung wollte sie sich aber nicht auf eine exklusive Anwendbarkeit von Werkvertragsrecht unter gleichzeitigem Ausschluss des arztrechtsspezifischen Dienstvertragsrechts festlegen. Dies zeigt sich daran, dass auch bei einem Erfolgsversprechen den Arzt selbstverständlich weiterhin behandlungsspezifische Pflichten, wie die ordnungsgemäße Dokumentation und Aufklärung, treffen sollten. Explizit wurde dies von der herrschenden Auffassung für die Aufklärungspflicht geäußert. Im Rahmen dieser Pflicht wurde stets betont, dass die Aufklärung bei kosmetischen Operationen besonders detailliert erfolgen muss.³⁹⁵ Es wurde eine sogenannte „schonungslose Aufklärung“ verlangt.³⁹⁶ Diese arztrechtsspezifischen Rechte und Pflichten wurden von der herrschenden Auffassung in den Werkvertrag hineingelesen.

(b) Zwischenergebnis und eigene Stellungnahme

Der Passus der Gesetzesbegründung, der besagt, dass die §§ 630a ff. BGB bei kosmetischen Behandlungen mit Erfolgsvereinbarung nicht angewendet werden sollen,³⁹⁷ muss daher im Ergebnis unbeachtet bleiben. Der Gesetzgeber hat an diesem Punkt die bisher herrschende Meinung missverstanden. Auch er hat nicht gewollt, dass der Arzt quasi als Gegenleistung für das Erfolgsversprechen von Aufklärungs- (§ 630e BGB) und Dokumentationspflichten (§ 630f BGB) entbunden wird. Dies zeigt sich daran, dass der Gesetzgeber selbst an anderer Stelle auf die erhöhten Aufklärungspflichten bei kosmetischen Eingriffen hinweist.³⁹⁸

Insgesamt hätte der Gesetzgeber besser daran getan, nicht der bisher herrschenden Auffassung, sondern der Ansicht zu folgen, die den Vertrag über die kosmetische Operation stets als Dienstvertrag (nach neuer Rechtslage also als Behandlungsvertrag i. S. d. §§ 630a ff. BGB) einordnet. Für den Fall der in der Praxis seltenen Erfolgsvereinbarung bei kosmetischer Behandlung wäre ein atypischer Behandlungsvertrag mit Zusicherung des Behandlungserfolgs und erfolgsabhängiger Vergütungspflicht in Frage gekommen.³⁹⁹ Eine derartige Vertragsgestaltung hätte im Rahmen der Privatautonomie zugelassen werden können. Die

³⁹⁴ BT-Drs. 17/10488, S. 17.

³⁹⁵ BGH, NJW 1991, 2349 (2349); *Brogli* in: Ehlers/Brogli, Arzthaftungsrecht, Rn. 778; *Katzenmeier* in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, Kap. V Rn. 20.

³⁹⁶ OLG Frankfurt, MedR 2006, 294 (295); LG Köln, NJW-RR 2006, 1614 (1615); *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 462.

³⁹⁷ BT-Drs. 17/10488, S. 17.

³⁹⁸ BT-Drs. 17/10488, S. 25.

³⁹⁹ Diese Lösung ebenfalls erwägend, aber im Ergebnis ablehnend, *Eberbach*, MedR 2008, 325 (335). Dass im Rahmen von Dienstverträgen eine erfolgsbezogene Vergütung im Einzelfall nicht ausgeschlossen ist, wird etwa dadurch deutlich, dass im Arbeitsrecht sog. Zielvorgaben als rechtlich zulässig erachtet werden (siehe dazu *Lischka*, BB 2007, 552 [553]).

Benennung als Behandlungsvertrag mit Zusicherung des Behandlungserfolgs und nicht als Werkvertrag hätte inhaltlich keine Änderungen gegenüber der bisher herrschenden Meinung zur Folge gehabt.⁴⁰⁰ Denn aus dem Werkvertragsrecht wollte die herrschende Auffassung ohnehin nur die Regeln zur erfolgsabhängigen Vergütung anwenden. Durch die Bezeichnung als Behandlungsvertrag hätte die Einheitlichkeit des Behandlungsrechts besser gewahrt werden können, zumal sich kosmetische Behandlungen und sonstige medizinische Maßnahmen in Bezug auf den Eingriff in die Körpersphäre des Patienten nicht unterscheiden. Die Benennung als Behandlungsvertrag hätte auch Missverständnissen über die Anwendbarkeit des spezifischen Arztrechts (Aufklärungspflicht, Dokumentationspflicht etc.) vorgebeugt. Dass in diesem Bereich die Gefahr von Missverständnissen bestand, zeigt ungewollt der Gesetzgeber, der prompt in diese „Falle“ getappt ist.

bb) Sonstige Verträge im Grenzbereich zwischen Behandlungs- und Werkvertrag

Zu den übrigen Verträgen, die nach neuem Recht im Grenzbereich zwischen Behandlungsvertrags- und Werkvertragsrecht stehen, äußert sich der Gesetzgeber in den Gesetzesmaterialien nahezu nicht.⁴⁰¹ Daher ist davon auszugehen, dass die bisherigen von Rechtsprechung und Lehre entwickelten Grundsätze fortgelten.

Für Verträge über (zahn-)prothetische Behandlungen bedeutet dies, dass, soweit ärztliche Tätigkeiten in Frage stehen, wie z. B. die Vorbereitung der Verbundstelle am Körper des Patienten und die Eingliederung der Prothese, die §§ 630a ff. BGB anzuwenden sind. Soweit hingegen nur die technische Anfertigung der Prothese betroffen ist, kommt Werkvertragsrecht einschließlich des Werkmängelrechts⁴⁰² zur Anwendung.⁴⁰³

Nach Werkvertragsrecht richten sich weiterhin die Erstattung von medizinischen Gutachten⁴⁰⁴ und die Maßnahmen der Röntgendiagnostik.⁴⁰⁵ Ebenso sind Verträge über die Vornahme von Laboruntersuchungen zu beurteilen, die eine eingeschränkte Zielvorgabe enthalten, wie beispielsweise Blut- oder Harnuntersuchungen.⁴⁰⁶ Ein reiner Diagnosevertrag (i. d. R. als sog. „second opinion“) wird zumindest dann als Werkvertrag anzusehen sein, wenn sich die Leistung des be-

⁴⁰⁰ Diese Einschätzung teilend *Eberbach*, MedR 2008, 325 (335).

⁴⁰¹ Einzig für (zahn-)labortechnische Arbeiten stellt der Gesetzgeber in Kürze klar, dass das werkvertragliche Gewährleistungsrecht Anwendung findet, vgl. BT-Drs. 17/10488, S. 17.

⁴⁰² So auch der Gesetzgeber, vgl. BT-Drs. 17/10488, S. 17; für das alte Recht vgl. MünchKomm/Müller-Glöge, BGB, § 611 Rn. 82.

⁴⁰³ Dazu ausführlich m. w. N. zu früher vertretenen Ansichten *Kern* in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 38 Rn. 17 f.; siehe auch *v. Ziegner*, Der Zahnarzt in der zivilrechtlichen Haftung, S. 14 ff.

⁴⁰⁴ Spickhoff/Spickhoff, Medizinrecht (Kommentar), §§ 611, 613, 631 BGB Rn. 4.

⁴⁰⁵ OLG Düsseldorf, MDR 1985, 1028 (1028 f.); MünchKomm/Busche, BGB, § 631 Rn. 239; *Lux*, GesR 2004, 6 (6) m. w. N.; *Spickhoff*, VersR 2013, 267 (268 f.).

⁴⁰⁶ LG Dortmund, GesR 2007, 227 (227); Palandt/Sprau, BGB, Einf v § 631 Rn. 18; MünchKomm/Busche, BGB, § 631 Rn. 239; *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 140.

fragten Arztes auf die Mitteilung der nach dem derzeitigen medizinischen Wissensstand möglichen Erkenntnis über die Krankheit des Patienten beschränkt.⁴⁰⁷

b) Zwischenergebnis

Die Zuordnung der einzelnen Verträge aus dem Grenzbereich zwischen Behandlungs- und Werkvertrag kann im Wesentlichen genauso vorgenommen werden, wie dies nach altem Recht zwischen Dienst- und Werkvertrag der Fall war. Der Streit über die Qualifizierung eines Vertrages über kosmetische Eingriffe dürfte durch die Stellungnahme des Gesetzgebers zu Gunsten der bisher herrschenden Meinung entschieden worden sein. Die angesprochenen missverständlichen Ausführungen des Gesetzgebers in diesem Zusammenhang müssen, wie erörtert, unbeachtet bleiben.

2. Die Vertragsparteien

Der Normalfall des Behandlungsvertrages sieht vor, dass dieser zwischen einem behandelnden Arzt und einem zu behandelnden Patienten abgeschlossen wird. In der Praxis treten aber häufig, sei es auf Seiten des Arztes oder des Patienten, weitere Personen hinzu.

a) Einbeziehung des Krankenhauses in das Arzt-Patienten-Verhältnis

Lässt sich ein Patient in einer Klinik behandeln, so tritt als weitere Person der Krankenhausträger auf den Plan. Da § 630a BGB diesen nicht erwähnt, bleibt nach dem Gesetzeswortlaut unklar, welche Rolle der Krankenhausträger in diesem Beziehungsgeflecht spielt. Die Gesetzesmaterialien äußern hierzu neben der Aufzählung von Vertragskonstruktionen mit Beteiligung des Krankenhausträgers lediglich, dass alle von Rechtsprechung und Lehre entwickelten Vertragskonstellationen durch § 630a Abs. 1 BGB auf eine gesetzliche Grundlage gestellt werden sollen.⁴⁰⁸ Zwischen welchen Parteien in konkreten Behandlungssituationen im Krankenhaus vertragliche Beziehungen zustande kommen, kann daher nur mit Rückgriff auf die bisherige Rechtsprechung und Literatur beantwortet werden. Dabei ist zwischen der ambulanten und der stationären Krankenhausbehandlung zu unterscheiden.

Bei der ambulanten Krankenhausbehandlung ist die Rechtslage noch einigermaßen überschaubar. Hier schließt der Patient nur mit dem Krankenhausträger oder ggf. nur mit dem zum Betrieb der Ambulanz berechtigten Chefarzt einen Behandlungsvertrag i. S. d. § 630a BGB ab, wobei die Mitglieder des ärztlichen

⁴⁰⁷ Spickhoff/*Spickhoff*, Medizinrecht (Kommentar), §§ 611, 613, 631 BGB Rn. 3; *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 140.

⁴⁰⁸ BT-Drs. 17/10488, S. 18.

und pflegerischen Personals als Erfüllungsgehilfen in diesem Schuldverhältnis anzusehen sind.⁴⁰⁹

aa) Die Vertragstypen bei stationärer Behandlung nach neuem Recht

Deutlich komplexer wird das Beziehungsverhältnis, wenn sich der Patient zur stationären Behandlung ins Krankenhaus begibt.⁴¹⁰ Im Regelfall kommt ein totaler Krankenhausvertrag zwischen dem Patienten und dem Krankenhausträger zustande, wobei letzterer die Erbringung sämtlicher ärztlicher und pflegerischer Leistungen verspricht. Dieser Vertrag stellt nach dem Willen des Gesetzgebers einen Behandlungsvertrag i. S. d. §§ 630a ff. BGB dar. Schon bezüglich dieses Vertragstyps wäre eine gesetzliche Sonderregelung angebracht gewesen. Denn der totale Krankenhausvertrag verpflichtet neben der Erbringung der ärztlichen Behandlung auch zur Leistung von Krankenpflege, zur Versorgung mit Arznei- und Hilfsmitteln sowie zur Erbringung von Unterkunft und Verpflegung etc.⁴¹¹ Er enthält mithin kauf-, miet-, dienst-⁴¹² und werkvertragliche Elemente,⁴¹³ sodass sich dieser Vertrag nicht ohne weiteres unter § 630a BGB subsumieren lässt.

Als weitere Vertragskonstellation bei stationärer Aufnahme im Krankenhaus kommt der gespaltene Krankenhausvertrag in Betracht. Dieser für die belegärztliche Tätigkeit entwickelte Vertragstyp⁴¹⁴ sieht vor, dass der (Beleg-)Arzt die eigentliche Behandlung schuldet, während das Krankenhaus die sonstigen Aufgaben, insbesondere die pflegerische Versorgung und untergeordnete medizinische Dienste,⁴¹⁵ übernimmt.⁴¹⁶ Der Vertrag zwischen (Beleg-)Arzt und Patient stellt

⁴⁰⁹ Siehe dazu BGH, NJW 2006, 767 (768); *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 111; *Gehrlein*, Grundriss der Arzthaftpflicht, Kap. A Rn. 12.

⁴¹⁰ Zur Komplexität der Materie äußert sich *Spickhoff*, Aktuelle Rechtsfragen des medizinischen Behandlungsverhältnisses, S. 47 wie folgt: „Dass sich nicht spezialisierte Anwälte in diesem verwirrenden Gestrüpp denkbarer Konstellationen gelegentlich verheddern, hört man immer wieder von Richtern (...)“.

⁴¹¹ *Lipp* in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, Kap. III Rn. 8; *Kubella*, Patientenrechtgesetz, S. 140.

⁴¹² Die dienstvertraglichen Elemente könnten noch über § 630b BGB als miteregelt angesehen werden, allerdings ist die Krankenpflege grundsätzlich aus dem Anwendungsbereich der §§ 630a ff. BGB ausgenommen, siehe BT-Drs. 17/10488, S. 17.

⁴¹³ Siehe dazu *Genzel/Degener-Henke* in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 89 Rn. 9.

⁴¹⁴ Vgl. *Genzel/Degener-Henke* in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 89 Rn. 13; *Quaas/Zuck/Quaas*, Medizinrecht, § 14 Rn. 13.

⁴¹⁵ Hierzu gehört beispielsweise auch die Sicherstellung der für die Behandlung erforderlichen personellen und apparativen Mindestausstattung, *Geiß/Greiner*, Arzthaftpflichtrecht, Kap. A Rn. 35.

⁴¹⁶ *Lipp* in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, Kap. III Rn. 9; *Spickhoff/Spickhoff*, Medizinrecht (Kommentar), §§ 611, 613, 631 BGB Rn. 16. An diesem Punkt wichen die Ausführungen zum gespaltene Krankenhausvertrag in der Begründung zum Referentenentwurf des Patientenrechtgesetzes (S. 21) von der bisherigen Rechtslage ab. Danach beschränkten sich die Aufgaben des Krankenhausträgers beim gespaltenen Krankenhausvertrag auf rein pflegerische Tätigkeiten, während sämtliche ärztlichen Tätigkeiten (und damit auch die untergeordneten medizinischen Tätigkeiten) vom Arzt geleistet werden sollten. Dies entsprach nicht der alten Rechtslage und wurde zum Regierungsentwurf BT-Drs. 17/10488, S. 18 durch eine weitere Formulierung entsprechend geändert. Daher

einen Behandlungsvertrag i. S. d. § 630a BGB dar. Der Vertrag zwischen Krankenhausträger und Patient beinhaltet Elemente etlicher schuldrechtlicher Verträge.⁴¹⁷ Da auch untergeordnete medizinische Tätigkeiten geschuldet werden, sind in diesem Vertrag ebenfalls behandlungsvertragliche Anteile enthalten, sodass insofern die §§ 630a ff. BGB anzuwenden sind. Beim gespaltenen Krankenhausvertrag sind die Abgrenzung der Verantwortungsbereiche und die Zurechnung des Hilfspersonals zwischen Arzt und Krankenhausträger ausgesprochen schwierig.⁴¹⁸ Einige dieser Problemfragen, auf die hier nicht weiter eingegangen werden kann, hätte der Gesetzgeber durch eine ausführlichere Stellungnahme im Rahmen der Gesetzesbegründung lösen können.

Als dritten Vertragstyp bei stationärer Behandlung kann der Patient einen totalen Krankenhausvertrag mit Arztzusatzvertrag abschließen. Bei dieser Vertragskonstruktion schuldet der Krankenhausträger die ärztliche Behandlung und die allgemeine Krankenhausversorgung.⁴¹⁹ Daneben schließt der Patient mit einem liquidationsberechtigten Arzt des Krankenhauses einen weiteren Behandlungsvertrag i. S. d. § 630a BGB, wodurch sich der Arzt zur persönlichen Behandlung des Patienten verpflichtet, sog. Arztzusatzvertrag über wahlärztliche Leistungen.⁴²⁰ Durch den Arztzusatzvertrag wird der Krankenhausträger allerdings grundsätzlich nicht aus seiner Verpflichtung zur Leistung der ärztlichen Behandlung entlassen.⁴²¹

bb) Haftungsausschluss des Krankenhausträgers im Wege der Vertragsgestaltung bei Wahlleistungspatienten

Problematisch ist im Bereich der Verträge mit stationär aufgenommenen Wahlleistungspatienten, dass der Krankenhausträger häufig versucht, seine Haftung durch entsprechende Vertragsgestaltung auszuschließen.⁴²² Denkbar sind zwei Vertragskonstellationen.

In einer Konstellation schließt der Krankenhausträger beim totalen Krankenhausvertrag mit Arztzusatzvertrag seine an sich gegebene gesamtschuldnerische Haftung durch eine (regelmäßig formularmäßige) Klausel aus. Dass diese Klausel

wurde, anders als zwischenzeitlich zu befürchten war, keine Änderung zur alten Rechtslage herbeigeführt.

⁴¹⁷ Es kommen wie auch beim totalen Krankenhausvertrag kauf-, miet-, dienst- und werkvertragliche Elemente in Betracht.

⁴¹⁸ Siehe dazu *Geiß/Grainer*, Arzthaftpflichtrecht, Kap. A Rn. 33 ff.; *Katzenmeier* in: *Laufs/Katzenmeier/Lipp*, Arztrecht, Kap. XI Rn. 11 f.

⁴¹⁹ Hinsichtlich dieses Vertrages gelten die Ausführungen zum totalen Krankenhausvertrag; ausführlicher zu diesem Vertragstyp *Bamberger/Roth/Fuchs*, BGB, § 611 Rn. 17.

⁴²⁰ *Genzel/Degener-Henke* in: *Laufs/Kern*, Handbuch des Arztrechts, § 89 Rn. 14.

⁴²¹ *Lipp* in: *Laufs/Katzenmeier/Lipp*, Arztrecht, Kap. III Rn. 10; *Genzel/Degener-Henke* in: *Laufs/Kern*, Handbuch des Arztrechts, § 89 Rn. 15.

⁴²² Ausführlich dazu *Spickhoff*, Aktuelle Rechtsfragen des medizinischen Behandlungsverhältnisses, S. 47 ff.; *Kutlu*, AGB-Kontrolle bei stationärer Krankenhausaufnahme.

ohne Hervorhebung im Vertragstext gegen das Überraschungsverbot des § 305c Abs. 1 BGB verstößt, wurde vom OLG Bamberg bereits entschieden.⁴²³ Ein Verstoß gegen § 307 BGB wurde aber im selben Urteil mit Verweis auf die nach Ansicht des Gerichts ausreichende Haftung des liquidationsberechtigten Arztes und dessen Haftpflichtversicherung verneint.⁴²⁴ Entgegen dieser Einschätzung sind aber Fälle denkbar und nicht fernliegend, in denen die persönliche Haftung des Arztes und seiner Haftpflichtversicherung nicht ausreicht, um den geschädigten Patienten hinreichend abzusichern. Dies ist vor allem bei durch denselben Arzt verursachten Serienschäden vorstellbar.⁴²⁵ Daher liegt in der Haftungsausschlussklausel des Krankenhausträgers ein Verstoß gegen § 307 BGB. Hinzu kommt noch, dass eine solche Klausel auch gegen das (gegenüber § 307 BGB vorrangige) Klauselverbot des § 309 Nr. 7 BGB verstößt, wonach die Haftung für die Verletzung von Leben, Körper und Gesundheit und für grobes Verschulden nicht ausgeschlossen werden darf. Der Gesetzgeber hätte, insbesondere wegen des anderslautenden Urteils des OLG Bamberg, in den Gesetzesmaterialien die Unwirksamkeit dieser Vertragsgestaltung klarstellen sollen.

Ähnliches gilt für die zweite Vertragskonstellation. In dieser versucht der Krankenhausträger seine Haftung für Fehler bei der ärztlichen Behandlung dadurch zu vermeiden, dass er statt des Regelfalls des totalen Krankenhausvertrags mit Arztzusatzvertrag⁴²⁶ einen gespaltenen Krankenhausvertrag mit dem Patienten abschließt,⁴²⁷ sodass das Krankenhaus nur noch für die allgemeine Krankenhausversorgung zuständig ist. Auch derartige sogenannte „Spaltungsklauseln“⁴²⁸ wurden von der Rechtsprechung als überraschend i. S. d. § 305c BGB eingestuft, sofern es an einem deutlichen Hinweis im Vertragstext auf diese fehlte.⁴²⁹ Ein Verstoß gegen § 307 BGB wurde vom Bundesgerichtshof jedoch abgelehnt, weil die Rechte des Krankenhausbenutzers zwar einschneidend verkürzt würden, diese Klausel aber deshalb nicht unangemessen sei, weil der Krankenhausträger die ärztliche Behandlung des Patienten vertragsgemäß gar nicht übernimmt.⁴³⁰ Auch hier ist der Rechtsprechung zu widersprechen. Die Spaltungsklausel ist eine inhaltskontrollfähige Leistungsverkürzung und nicht lediglich eine Leistungsbeschreibung. Denn durch die Spaltungsklausel wird der Leistungsinhalt,

⁴²³ OLG Bamberg, VersR 1994, 813 (815).

⁴²⁴ OLG Bamberg, VersR 1994, 813 (815).

⁴²⁵ Siehe dazu das Beispiel bei *Spickhoff*, Aktuelle Rechtsfragen des medizinischen Behandlungsverhältnisses, S. 50 f.

⁴²⁶ BGHZ 121, 107 (111); NJW 1998, 1778 (1779); OLG Düsseldorf, OLGR 1999, 336 (338); *Kramer*, NJW 1996, 2398 (2398).

⁴²⁷ *Spickhoff*, Aktuelle Rechtsfragen des medizinischen Behandlungsverhältnisses, S. 47 ff.; *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 122.

⁴²⁸ *Spickhoff/Spickhoff*, Medizinrecht (Kommentar), §§ 611, 613, 631 BGB Rn.16; dazu ausführlich *Kutlu*, AGB-Kontrolle bei stationärer Krankenhausaufnahme, S. 65 ff.

⁴²⁹ BGHZ 121, 107 (114); siehe zu einer nicht überraschenden Klausel, OLG Koblenz, VersR 1998, 1283 (1284).

⁴³⁰ BGHZ 121, 107 (114 f.) dagegen *Spickhoff*, NZS 2004, 57 (61 f.).

nämlich ein totaler Krankenhausvertrag mit Arztzusatzvertrag, wonach der Krankenhaussträger selbst haften würde, verändert.⁴³¹ Weil dem Patienten auf diese Weise ein Haftungsschuldner entzogen wird, liegt darin eine unangemessene Benachteiligung i. S. d. § 307 BGB.⁴³² Darüber hinaus zielt der Gebrauch des gespaltenen Krankenhausvertrages, der für Belegkrankenhäuser geschaffen wurde⁴³³ und in erster Linie diesbezüglich seine Berechtigung hat, allein darauf ab, die Haftung des Krankenhaussträgers in einer den § 309 Nr. 7 BGB umgehenden Art und Weise auszuschließen.⁴³⁴ Bezüglich dieser Konstellation wäre eine, die Rechtsprechung korrigierende Stellungnahme des Gesetzgebers wünschenswert gewesen.

Der Gesetzentwurf von *Deutsch* und *Geiger* hätte diese Problematik dadurch vermieden, dass eine gesamtschuldnerische Haftung von liquidationsberechtigtem Arzt und Krankenhaussträger gesetzlich festgeschrieben worden wäre (vgl. § 2 des Entwurfs).⁴³⁵ Damit wäre allerdings, was *Deutsch* und *Geiger* auch bezweckten,⁴³⁶ der Vertragstyp des gespaltenen Krankenhausvertrages vollständig beseitigt worden.⁴³⁷ Da aber nur diese Vertragskonstruktion den Besonderheiten der Krankenhausbehandlung durch einen Belegarzt angemessen Rechnung tragen kann,⁴³⁸ muss daran trotz der Schwierigkeiten der Abgrenzung von Verantwortungsbereichen zwischen Krankenhaussträger und Arzt festgehalten werden. Daher hätte die Schaffung einer Vorschrift, die dem § 2 des Entwurfs von *Deutsch* und *Geiger* entsprechen hätte, zwar eine Lösung hinsichtlich des Problems der Haftungsausschlüsse durch den Krankenhaussträger bei Wahlleistungspatienten bedeutet, diese Lösung hätte aber erhebliche Nachteile für das Belegarztwesen mit sich gebracht. Zur Ausräumung dieser Problematik hätte es allerdings auch keiner Norm bedurft. Eine den obigen Ausführungen entsprechende Stellungnahme des Gesetzgebers in den Gesetzgebungsmaterialien hätte völlig ausgereicht.

⁴³¹ Vgl. *Spickhoff*, Aktuelle Rechtsfragen des medizinischen Behandlungsverhältnisses, S. 52 f.; *Spickhoff/Kutlu*, Medizinrecht (Kommentar), § 307 BGB Rn. 4.

⁴³² *Spickhoff/Kutlu*, Medizinrecht (Kommentar), § 307 BGB Rn. 4; vgl. auch *Kramer*, NJW 1996, 2398 (2399 ff.).

⁴³³ *Genzel/Degener-Henke* in: *Laufs/Kern*, Handbuch des Arztrechts, § 89 Rn. 13; *Quaas/Zuck/Quaas*, Medizinrecht, § 14 Rn. 13.

⁴³⁴ *Spickhoff/Spickhoff*, Medizinrecht (Kommentar), §§ 611, 613, 631 BGB Rn.16; *Spickhoff/Kutlu*, Medizinrecht (Kommentar), § 307 BGB Rn. 4.

⁴³⁵ *Deutsch/Geiger*, Der medizinische Behandlungsvertrag, S. 1049 (1099 und 1111).

⁴³⁶ *Deutsch/Geiger*, Der medizinische Behandlungsvertrag, S. 1049 (1099).

⁴³⁷ Zur Klarstellung: Eine gesamtschuldnerische Haftung zwischen Arzt und Krankenhaussträger kommt auch beim gespaltenen Krankenhausvertrag in Betracht, wenn sich Fehler gleichermaßen aus dem Verantwortungsbereich des Arztes, wie des Krankenhauses in der Schädigung des Patienten verwirklichen, vgl. dazu näher *Quaas/Zuck/Quaas*, Medizinrecht, § 14 Rn. 13.

⁴³⁸ Die Erwartungshaltung des Patienten bei einer Behandlung durch den Belegarzt im Krankenhaus ist eine andere als bei einer Behandlung durch einen „normalen“ Krankenhausarzt. Der Patient geht nicht davon aus, dass das Krankenhaus für Fehler des Belegarztes haftet, vgl. *H.Franzkei/Hansen*, NJW 1990, 737 (739).

cc) Zwischenergebnis

Insgesamt lässt sich festhalten, dass der Gesetzgeber sich nicht hätte scheuen sollen, eine explizite Norm zur vertraglichen Haftung des Klinikträgers bei stationärer Krankenhausaufnahme zu schaffen. Insoweit hätte er sich an der entsprechenden Vorschrift im Gesetzgebungsvorschlag von *Kubella* orientieren können:

„§ 630b (Krankenhausaufnahmevertrag)

(1) ¹Im Rahmen der stationären Versorgung verpflichtet sich der Krankenhausträger gegenüber dem Patienten zur Vornahme aller für die stationäre Versorgung erforderlichen Leistungen, einschließlich der medizinischen Dienste im Sinn des § 630a Abs. 2 (totaler Krankenhausvertrag). ²Daneben kann sich ein zur Liquidation berechtigter Arzt nach § 630a Abs. 1 verpflichten, dieselben medizinischen Dienste in Person zu erbringen (totaler Krankenhausvertrag mit Arztzusatzvertrag).

(2) Durch den gespaltenen Krankenhausaufnahmevertrag wird der Krankenhausträger verpflichtet, alldiejenigen für die stationäre Versorgung erforderlichen Leistungen zu erbringen, zu denen sich der Arzt nicht nach § 630a Abs. 1 verpflichtet hat.⁴³⁹

Der Verzicht auf eine derartige Vorschrift, der unter dem Aspekt der Verhinderung der Aufblähung des Gesetzestextes zumindest nachvollziehbar ist, hätte allerdings vom Gesetzgeber verlangt, für diesen Bereich eine umso gründlichere und umfassendere Gesetzesbegründung zu verfassen. Leider hat der Gesetzgeber davon ebenfalls abgesehen.

b) Die Begriffe des „Behandelnden“ und des „Patienten“

Als Folge des Verzichts auf eine Norm zur vertraglichen Haftung des Klinikträgers bei stationärer Krankenhausaufnahme ist der Begriff des „Behandelnden“ in § 630a Abs. 1 BGB etwas unglücklich umschrieben. Behandelnder ist danach derjenige, der die medizinische Behandlung zusagt. Da etwa beim totalen Krankenhausvertrag der Krankenhausträger derjenige ist, der die Behandlung zusagt, ist ebendieser der Behandelnde i. S. d. § 630a Abs. 1 BGB. Dies widerspricht dem Laienverständnis, wonach man als Behandelnden wohl denjenigen ansehen würde, der die medizinische Behandlung in Person erbringt.⁴⁴⁰ Die gleiche Personenverschiedenheit zwischen Zusagendem und Behandelndem ist auch bei einer Gemeinschaftspraxis und bei Medizinischen Versorgungszentren denkbar.⁴⁴¹

Gleichermaßen entspricht auch die Umschreibung des „Patienten“ als dem zur Vergütung verpflichteten anderen Vertragsteil nicht in allen Konstellationen der

⁴³⁹ Die angegebenen §§ beziehen sich auf den Gesetzgebungsvorschlag von *Kubella* (Patientenrechtsgesetz, S. 107 ff.).

⁴⁴⁰ Ebenso Jauernig/*Mansel*, BGB, § 630a Rn. 2; *Katzenmeier*, MedR 2012, 576 (579); *Scholz*, Nds. ÄBl. 2013/2, 16 (16).

⁴⁴¹ Vgl. BT-Drs. 17/10488, S. 18.

Behandlungssituation.⁴⁴² Schließen etwa Eltern mit einem Arzt einen Behandlungsvertrag für ihr Kind ab, so werden diese nach dem Gesetzeswortlaut zum „Patienten“ und nicht das Kind. Abgemildert wird diese Problematik hinsichtlich des „Patienten“ allerdings dadurch, dass schon nach dem Gesetzestext auch ein Dritter zur Vergütung verpflichtet sein kann. Im Ergebnis können beide begrifflichen Besonderheiten als juristisch unbedeutend eingestuft werden, da sie keine besonderen Rechtsfolgen hinsichtlich der Vertragspartnerstellung nach sich ziehen.

3. Andere Berufsgruppen als Human- und Zahnmediziner im Anwendungsbereich der §§ 630a ff. BGB

Welche Berufsgruppen in den Anwendungsbereich der §§ 630a ff. BGB fallen, wird im Wortlaut des § 630a Abs. 1 BGB durch die Begriffe „medizinische Behandlung“ und „eines Patienten“ näher umschrieben. Erstere Formulierung macht deutlich, dass der Vertrag zwischen Apothekern und deren Kunden keinen Behandlungsvertrag darstellt, weil Apotheker medizinische Produkte verkaufen, diese ggf. herstellen und über diese beraten, aber eben keine medizinische Behandlung erbringen.⁴⁴³ Durch den Begriff „medizinische Behandlung“ wird ebenfalls deutlich, dass reine Pflege- und Betreuungsleistungen nicht in den Anwendungsbereich der §§ 630a ff. BGB fallen.⁴⁴⁴

Tierärztliche Behandlungen richten sich ebenfalls nicht nach den §§ 630a ff. BGB, wie sich daraus ergibt, dass die medizinische Behandlung an einem Patienten vorgenommen werden muss.⁴⁴⁵ Die §§ 630a ff. BGB sind speziell auf die besonderen Bedürfnisse des Menschen, insbesondere den Schutz seines Selbstbestimmungsrechts, und gerade nicht auf die Behandlung von Tieren zugeschnitten. Da aber sowohl die Behandlung von Tieren als auch die Behandlung von Menschen auf die Heilung und Erhaltung eines lebenden Organismus⁴ ausgerichtet ist, sind sich beide Behandlungsverhältnisse in tatsächlicher Hinsicht durchaus nicht unähnlich. Aus diesem Grunde wurden von der bisherigen Rechtsprechung die arztrechtlichen Beweisgrundsätze teilweise auf die Veterinärmedizin angewendet.⁴⁴⁶ Der Gesetzgeber stellt daher in den Gesetzesmaterialien explizit klar, dass

⁴⁴² Dies bemängelte auch der Bundesrat in seiner Stellungnahme zum Patientenrechtegesetz, BT-Drs. 17/10488, S. 37.

⁴⁴³ BT-Drs. 17/10488, S. 18.

⁴⁴⁴ BT-Drs. 17/10488, S. 17.

⁴⁴⁵ BT-Drs. 17/10488, S. 18 stellt explizit klar, dass mit „Patient“ ein Mensch gemeint ist.

⁴⁴⁶ Zur Beweislastumkehr beim groben Behandlungsfehler eines Tierarztes: OLG Celle, VersR 1989, 714 (714); OLG Düsseldorf, VersR 1990, 867 (868); OLG Hamm, VersR 2009, 691 (691); zur Beweiserleichterung beim Befunderhebungsfehler eines Tierarztes: OLG Brandenburg, BeckRS 2012, 10031; OLG Celle, NJW-RR 2011, 1357 (1359); zur Beweiserleichterung bei Verstoß gegen die Dokumentationspflicht: OLG Frankfurt, OLGR 1999, 258 (259); OLG Stuttgart, VersR 1996, 1029 (1030).

die gesetzliche Regelung der §§ 630a ff. BGB die Rechtsprechung nicht daran hindern soll, weiterhin derartige Übertragungen vorzunehmen.⁴⁴⁷

Vom Anwendungsbereich der §§ 630a ff. BGB sind nicht nur Ärzte umfasst, sondern auch Psychotherapeuten und Angehörige sonstiger Heilberufe, wie Hebammen, Physiotherapeuten, Ergotherapeuten, Masseur, Logopäden, medizinische Bademeister und auch Heilpraktiker.⁴⁴⁸ Durch dieses weite Verständnis der medizinischen Behandlung vermeidet es der Gesetzgeber, ein Sonderrecht für den ärztlichen Berufsstand zu schaffen,⁴⁴⁹ wie dies *Deutsch* und *Geiger* in ihrem Entwurf vorsahen.⁴⁵⁰ Diese Entscheidung war richtig, denn die Tätigkeit der Psychotherapeuten und der Angehörigen sonstiger Heilberufe ist in nicht geringen Teilen mit der ärztlichen Behandlung vergleichbar.⁴⁵¹ So sind alle Professionen bei ihrer Behandlung etwa an die jeweiligen fachlichen Standards gebunden und müssen das Selbstbestimmungsrecht ihrer Patienten wahren.⁴⁵²

a) Schaffung neuer Pflichten für Psychotherapeuten und Angehörige sonstiger Heilberufe durch deren Einbeziehung in die §§ 630a ff. BGB

Auch wenn eine gewisse grundsätzliche Vergleichbarkeit der Tätigkeiten von Ärzten, Psychotherapeuten und sonstigen Heilberufen⁴⁵³ gegeben ist, stellt sich die Frage, inwieweit die Pflichten, die die §§ 630a ff. BGB statuieren, bisher schon für Psychotherapeuten und die sonstigen Heilberufe galten. Soweit diese Verpflichtungen bisher nicht anerkannt waren, legen die §§ 630a ff. BGB neue Pflichten für diese Berufsgruppen fest. Ob die Aufklärungspflichten, die Dokumentationspflichten und die arztrechtlichen Beweislastverteilungsgrundsätze schon vor Inkrafttreten des Patientenrechtegesetzes auf die jeweiligen Berufsgruppen angewendet wurden, kann nicht allgemein, sondern nur für jede Profession gesondert, beantwortet werden.

⁴⁴⁷ BT-Drs. 17/10488, S. 18.

⁴⁴⁸ BT-Drs. 17/10488, S. 18.

⁴⁴⁹ Vgl. *Spickhoff*, ZRP 2012, 65 (66).

⁴⁵⁰ *Deutsch/Geiger*, Der medizinische Behandlungsvertrag, S. 1049 (1055 und 1095); kritisch dazu *Schünemann*, NJW 1982, 2027 (2031).

⁴⁵¹ *Kubella*, Patientenrechtegesetz, S. 138 f.; vgl. zur Vergleichbarkeit der Tätigkeiten von Psychologen und Ärzten *Schünemann*, NJW 1982, 2027 (2030 f.).

⁴⁵² *Kubella*, Patientenrechtegesetz, S. 138 f.

⁴⁵³ Der Begriff sonstige Heilberufe wird hier als Oberbegriff für die Berufe Hebamme, Physiotherapeut, Ergotherapeut, Masseur, Logopäde, medizinischer Bademeister und Heilpraktiker verwendet.

aa) Die Geltung arztrechtlicher Pflichten und Beweisgrundsätze bei Psychotherapeuten

Psychotherapeutische⁴⁵⁴ Maßnahmen bedürfen, wie medizinische Eingriffe, der Einwilligung des Patienten. Das Selbstbestimmungsrecht – folgend aus dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht, Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG – schützt nicht nur die Bestimmung des Patienten über seine körperliche, sondern auch über seine psychische Integrität.⁴⁵⁵ Voraussetzung für die Einwilligung ist ebenso wie bei ärztlicher Behandlung eine Aufklärung über das Wesen, die Bedeutung, die Tragweite, die Risiken und die Erfolgsaussichten der Maßnahme.⁴⁵⁶ Daher war bei Psychotherapeuten eine Pflicht zur Selbstbestimmungsaufklärung schon vor Inkrafttreten des Patientenrechtegesetzes anerkannt.⁴⁵⁷ Zur therapeutischen und wirtschaftlichen Aufklärungspflicht des Psychotherapeuten existierten nur sehr wenige Ausführungen in der medizinrechtlichen Literatur. Die Stellungnahmen bejahten diese Pflichten, wobei zur Begründung ein Vergleich mit der ärztlichen Behandlung herangezogen wurde.⁴⁵⁸ Dem kann gefolgt werden. Beide Pflichten sind sinnvoll auf die Behandlung durch Psychotherapeuten übertragbar. Eine Pflicht zur Sicherungsaufklärung kann sich etwa daraus ergeben, dass der Therapeut darauf hinweisen muss, dass sich der Patient nach ersten Therapieerfolgen nicht unüberwacht Stresssituationen aussetzen sollte, wie z. B. eine alleinige Fahrstuhlfahrt eines Klaustrophobiepatienten. Die wirtschaftliche Aufklärungspflicht wird beim Psychotherapeuten relevant, wenn dieser Behandlungen, wie eine Hypnosetherapie, vornimmt, die (für den Therapeuten erkennbar) nicht oder nur unter bestimmten Voraussetzungen von den Krankenkassen bezahlt wird.

Eine Pflicht zur Dokumentation der Behandlung war beim Psychotherapeuten bereits nach alter Rechtslage anerkannt. Dies stellte die Musterberufsordnung der Psychotherapeuten ausdrücklich klar.⁴⁵⁹ Mit der Dokumentationspflicht einhergehend hatte der Patient auch ein Recht zur Einsichtnahme in die Patientenakte. Dieses Recht bestand allerdings nur unter der Einschränkung, dass keine therapeutischen Gründe oder Schutzaspekte der Einsichtnahme entgegenstanden.⁴⁶⁰

⁴⁵⁴ Die Ausführungen gelten für Psychologische Psychotherapeuten, Kinder- und Jugendpsychotherapeuten. Für Psychiater galten die arztrechtlichen Regelungen schon aufgrund ihrer Stellung als Arzt.

⁴⁵⁵ *Gründel*, Psychotherapeutisches Haftungsrecht, S. 62; vgl. auch *Kroitzsch*, VersR 1978, 396 (400 f.).

⁴⁵⁶ *Mengert*, Rechtsmedizinische Probleme in der Psychotherapie, S. 86 ff.; *Gründel*, NJW 2002, 2987 (2989 ff.); *ders.*, Psychotherapeutisches Haftungsrecht, S. 87.

⁴⁵⁷ *Kroitzsch*, VersR 1978, 396 (400 f.); *Gründel*, NJW 2002, 2987 (2989 ff.); zur Einschränkung der Aufklärungspflicht aus therapeutischen Gründen: *Mengert*, Rechtsmedizinische Probleme in der Psychotherapie, S. 89.

⁴⁵⁸ *Gründel*, Psychotherapeutisches Haftungsrecht, S. 89 ff. und 91 f.; *ders.*, NJW 2002, 2987 (2992).

⁴⁵⁹ Vgl. § 9 der Muster-Berufsordnung für die Psychologischen Psychotherapeutinnen und Psychotherapeuten und Kinder- und Jugendlichenpsychotherapeutinnen und Kinder- und Jugendlichenpsychotherapeuten in der Fassung vom 13.1.2006, abrufbar unter: http://www.bptk.de/uploads/media/20060117_musterberufsordnung.pdf <zuletzt abgerufen: 1.7.2014>.

⁴⁶⁰ *Schlund* in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 56 Rn. 7; *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 921 mit dem Hinweis, dass die Rechtsprechung früher das Einsichtsrecht eines psychiatrischen

Diese Beschränkung des Einsichtnahme-rechts, die nicht allein, aber vorwiegend für Patienten in psychotherapeutischer Behandlung Bedeutung erlangt, hat der Gesetzgeber durch § 630g Abs. 1 Satz 1 a. E. BGB nunmehr gesetzlich verankert.

Die Beweislastverteilung bei Fehlern im Rahmen der psychotherapeutischen Behandlung wurde von der Rechtsprechung und Literatur nur sehr spärlich behandelt. Die Beweislastumkehr beim groben Behandlungsfehler sollte aber auch in diesem Bereich gelten.⁴⁶¹ Als Beispiel eines groben Behandlungsfehlers wurde häufig auf einen Verstoß gegen das Abstinenzgebot hingewiesen.⁴⁶² Da die übrigen Beweiserleichterungen zu Gunsten des Patienten nicht thematisiert wurden, führt § 630h BGB diese als Neuerungen ein. Die Anwendung der arztrechtlichen Beweisgrundsätze auf Psychotherapeuten erscheint zweckmäßig. Durch die drohenden beweisrechtlichen Nachteile wird der Psychotherapeut etwa zur Führung einer ordnungsgemäßen Dokumentation angehalten und dazu aufgerufen, voll beherrschbare Behandlungsrisiken zu vermeiden. Derartige Behandlungsrisiken sind auch bei der psychotherapeutischen Behandlung vorstellbar. Beispielsweise muss der Therapeut verhindern, dass der Patient im Rahmen einer Hypnosetherapie⁴⁶³ von der Behandlungsliege fällt. Auch die Übertragung der Beweislastumkehr für Befunderhebungsfehler kann bei Psychotherapeuten etwa dann relevant werden, wenn angezeigte Tests nicht gemacht wurden, die ein positives Ergebnis erbracht und ein Handeln des Therapeuten zwingend erforderlich gemacht hätten.

bb) Die Geltung arztrechtlicher Pflichten und Beweisgrundsätze bei Hebammen

Hebammen und Entbindungspfleger⁴⁶⁴ schuldeten schon nach altem Recht hinsichtlich aller von ihnen eigenverantwortlich⁴⁶⁵ vorgenommenen Maßnahmen eine Selbstbestimmungsaufklärung.⁴⁶⁶ Daneben wurde in der Literatur auch eine Pflicht der Hebamme zur therapeutischen Aufklärung bejaht. Schwangere, Gebärende und Wöchnerinnen haben eine Vielzahl von Verhaltensmaßgaben zum Schutze ihrer eigenen Gesundheit und der des Kindes zu beachten, über die sie – soweit die Maßgaben nicht selbstverständlich sind – im Rahmen der hebammlichen Be-

Patienten (gleiches wird für den psychotherapeutischen Patienten gelten) gänzlich ausgeschlossen hat. Von dieser Sichtweise ist die Judikatur inzwischen jedoch dahingehend abgewichen, dass grundsätzlich ein Einsichtsrecht besteht und dieses nur ausnahmsweise ausgeschlossen ist.

⁴⁶¹ *Gründel*, Psychotherapeutisches Haftungsrecht, S. 257.

⁴⁶² OLG Düsseldorf, NJW 1990, 1543 (1544); *Kniesel*, Rechtsprobleme beim Bruch des psychotherapeutischen Abstinenzgebotes, S. 48 f.

⁴⁶³ Dass von Psychotherapeuten eine Hypnosetherapie durchgeführt werden darf, zeigt, dass diese in der Gebührenordnung der Psychologischen Psychotherapeuten und Kinder- und Jugendlichenpsychotherapeuten aufgeführt wird.

⁴⁶⁴ Die folgenden Erläuterungen gelten gleichermaßen für Entbindungspfleger. Zur Förderung der Lesbarkeit des Textes wird auf diesen Zusatz im Weiteren verzichtet.

⁴⁶⁵ Zur schwierigen Abgrenzung der Aufgaben zwischen Gynäkologin und Hebamme, *Hiersche*, Die rechtliche Position der Hebamme bei der Geburt, S. 111 ff.

⁴⁶⁶ *Sträßner*, Das Recht der Hebamme, S. 239 und 246 f.; *Diefenbacher*, Praxisratgeber Recht für Hebammen, S. 85 f.

treuung informiert werden müssen.⁴⁶⁷ Für den Bereich der individuellen Gesundheitsleistungen wurde in der Praxisliteratur auch eine Pflicht der Hebamme zur wirtschaftlichen Aufklärung angenommen.⁴⁶⁸

Weiterhin trafen die Hebammen schon vor Inkrafttreten des Patientenrechtgesetzes Dokumentationspflichten.⁴⁶⁹ Dies wurde beispielsweise in Niedersachsen in § 5 NHebG festgeschrieben. Zudem bestand ein Einsichtsrecht der Patientin in diese Dokumentation.⁴⁷⁰ Für den Fall der nichtordnungsgemäßen Dokumentation sollte im Haftungsprozess gegen die Hebamme der arztrechtliche Beweisgrundsatz bei Dokumentationsmängeln gelten.⁴⁷¹ Ebenfalls wurde die Beweislastumkehr beim groben Behandlungsfehler auf Fehler der Hebamme angewendet.⁴⁷² Ein solcher grober Behandlungsfehler wurde etwa bejaht, wenn die Hebamme den greifbaren Facharzt nicht hinzuzog, obwohl die Umstände dies zwingend erforderten.⁴⁷³ Zudem wurde sich in der Literatur dafür ausgesprochen, die Beweiserleichterung für voll beherrschbare Risiken auf die Hebammenhaftung zu übertragen.⁴⁷⁴ Voll beherrschbare Risiken sind bei der Behandlungstätigkeit der Hebamme in erster Linie im technisch-apparativen Bereich denkbar.

Somit lässt sich feststellen, dass sich die Haftung der Hebamme ohnehin weitgehend nach den arztrechtlichen Regeln richtete, weshalb die §§ 630a ff. BGB allenfalls in geringem Ausmaße neue Bestimmungen für Hebammen beinhalten. Als neue Regelung des Hebammenhaftungsrechts kommt aber etwa die Beweislastumkehr bei Befunderhebungsfehlern (§ 630h Abs. 5 Satz 2 BGB) in Betracht. Die Anwendung dieser Regel auf die Hebammenhaftung erscheint sinnvoll, so ist das Kontrollieren der Herzöne des Kindes (CTG) eine Aufgabe der Hebamme,⁴⁷⁵ die als Befunderhebung eingestuft werden kann.⁴⁷⁶

⁴⁶⁷ *Diefenbacher*, Praxisratgeber Recht für Hebammen, S. 77; *Deutscher Hebammenverband e.V.*, Praxishandbuch für Hebammen: Erfolgreich freiberuflich arbeiten, S. 228; vgl. auch LG Stade, BeckRS 2009, 22405.

⁴⁶⁸ *Deutscher Hebammenverband e.V.*, Schwangerenvorsorge durch Hebammen, S. 311; *ders.*, Praxishandbuch für Hebammen: Erfolgreich freiberuflich arbeiten, S. 228.

⁴⁶⁹ BGH, VersR 2005, 408 (410); dazu *H.Franzke* in: Patientensicherheit, Arzthaftung, Praxis- und Krankenhausorganisation, S. 125 (131); siehe auch *Hiersche*, Die rechtliche Position der Hebamme bei der Geburt, S. 109; *Sträßner*, Das Recht der Hebamme, S. 257 ff.

⁴⁷⁰ *Sträßner*, Das Recht der Hebamme, S. 257; *Diefenbacher*, Praxisratgeber Recht für Hebammen, S. 84.

⁴⁷¹ *Diefenbacher*, Praxisratgeber Recht für Hebammen, S. 83; *Hiersche*, Die rechtliche Position der Hebamme bei der Geburt, S. 109 f.

⁴⁷² OLG Hamm, BeckRS 2010, 03280; OLG München, VersR 1991, 586 (587); *Hiersche*, Die rechtliche Position der Hebamme bei der Geburt, S. 106 f.

⁴⁷³ OLG Oldenburg, ArztR 2010, 134 (134); OLG München, VersR 1991, 586 (587).

⁴⁷⁴ *Hiersche*, Die rechtliche Position der Hebamme bei der Geburt, S. 105 f.; vgl. auch *Sträßner*, Das Recht der Hebamme, S. 229.

⁴⁷⁵ *Sträßner*, Das Recht der Hebamme, S. 247; *Diefenbacher*, Praxisratgeber Recht für Hebammen, S. 172.

⁴⁷⁶ So für das Unterlassen eines CTGs durch einen Gynäkologen, OLG Koblenz, ArztR 2010, 134 (134).

cc) Die Geltung arztrechtlicher Pflichten und Beweisgrundsätze bei Physiotherapeuten

Zum Pflichtenkanon des Physiotherapeuten⁴⁷⁷ existierten nur vereinzelte Stellungnahmen aus der Rechtsprechung oder der Literatur. Selbstverständlich musste der Patient bei einer physiotherapeutischen Behandlung in diese nach alter Rechtslage einwilligen. Dies setzte grundsätzlich eine Selbstbestimmungsaufklärung voraus. Soweit die Physiotherapie durch einen Arzt verordnet wurde, war es dessen Aufgabe über die Behandlung aufzuklären.⁴⁷⁸ Wenn der Physiotherapeut allerdings andere als die ärztlicherseits verordneten Maßnahmen unternahm, musste er den Patienten hierüber informieren, damit der Patient die Risiken und Vorteile der abweichenden Behandlung abwägen konnte.⁴⁷⁹

Eine Dokumentationspflicht seitens des Physiotherapeuten wurde für den Fall einer umfangreichen und komplexen ambulanten Behandlung bejaht.⁴⁸⁰ Sowohl für die Aufklärungspflicht als auch für die Dokumentationspflicht des Physiotherapeuten ist allerdings darauf hinzuweisen, dass sie häufig deutlich weniger umfassend sind, als dies bei einer ärztlichen Behandlung der Fall ist, weil die Eingriffsinintensität der Maßnahmen regelmäßig eher gering ist.⁴⁸¹

Aussagen zur therapeutischen und zur wirtschaftlichen Aufklärungspflicht des Physiotherapeuten sowie zu den Beweislastverteilungsgrundsätzen existierten nicht. Diesbezüglich beinhalten die §§ 630a ff. BGB daher neue Regeln für Physiotherapeuten. Eine Pflicht zur therapeutischen Aufklärung kann den Physiotherapeuten beispielsweise treffen, wenn ein Behandlungserfolg nur dadurch erzielt werden kann, dass der Patient fortwährend, also auch zu Hause, Übungen vornimmt, und im Falle der Nichtbeachtung dieser Maßgabe sich die Dauer der physiotherapeutischen Behandlung massiv verlängert oder gar irreversible oder nur operativ zu beseitigende Schäden drohen. Eine Pflicht zur wirtschaftlichen Aufklärung kann für den Physiotherapeuten Bedeutung erlangen, wenn er Therapiemethoden einsetzt, die (für ihn erkennbar) wahrscheinlich nicht von den Krankenkassen ersetzt werden.

Im Bereich der Beweisgrundsätze kann bei der physiotherapeutischen Behandlung vor allem die Beweiserleichterung bei voll beherrschbaren Risiken (Beispiel: Sturz von der Behandlungsliege) relevant werden. Auch grobe Behandlungsfehler

⁴⁷⁷ Die Ausführungen gelten für Ergotherapeuten, Masseur und medizinische Bademeister entsprechend. Die Behandlungsmaßnahmen eines Logopäden greifen im Regelfall nur in sehr geringem Maße in die körperliche oder psychische Integrität des Patienten ein. Daher spielen die arztrechtlichen Pflichten für diese Berufsgruppe eine untergeordnete Rolle. Wird allerdings im Einzelfall eine Behandlungsmaßnahme vorgenommen, die über einen Bagatelleingriff hinausgeht, so können auch Fragen der Einwilligung und Aufklärung relevant werden. Von größerer Bedeutung ist für diese Berufsgruppe lediglich die Dokumentation des Behandlungsverlaufs, um eine angemessene (Weiter-)Behandlung zu gewährleisten.

⁴⁷⁸ OLG Jena, GesR 2005, 556 (558).

⁴⁷⁹ LG Weiden, NJW-RR 1996, 738 (738 f.).

⁴⁸⁰ OLG Jena, GesR 2005, 556 (558).

⁴⁸¹ Vgl. OLG Jena, GesR 2005, 556 (558); OLG Oldenburg, VersR 1999, 1422 passim.

sind im Rahmen physiotherapeutischer Maßnahmen denkbar, sodass die entsprechende Beweisregel den Patienten zu Gute kommen kann. Die Beweiserleichterungen bei Befunderhebungsfehlern und Dokumentationsversäumnissen sind demgegenüber eher von geringerer Bedeutung. Eine Befunderhebung findet im Rahmen der Physiotherapie so gut wie nie statt, es wird lediglich zu Beginn der Therapie die genaue Ausprägung des Krankheitsbildes ermittelt, die keine Befunderhebung im eigentlichen Sinne erfordert. Dokumentationsfehler mit daran anschließender Beweiserleichterung sind wegen des relativ geringen Umfangs der Dokumentation nur in Einzelfällen denkbar. Daher führt die Anwendung der arztrechtlichen Beweisregeln auf den Physiotherapeuten nicht zu einer wesentlichen Erhöhung der Haftungsrisiken dieser Berufsgruppe.

dd) Die Geltung arztrechtlicher Pflichten und Beweisgrundsätze bei Heilpraktikern

Da Heilpraktiker nicht selten invasive Maßnahmen am Patienten vornehmen, war schon nach alter Rechtslage unbestritten, dass eine Einwilligung des Patienten in die Behandlung erforderlich ist, die eine Selbstbestimmungsaufklärung voraussetzt.⁴⁸² Die therapeutische Aufklärungspflicht des Heilpraktikers wurde nur sehr vereinzelt und ohne eindeutige Stellungnahme zur Anwendbarkeit angesprochen.⁴⁸³ Bezüglich dieser Pflicht beinhaltet § 630c Abs. 2 Satz 1 BGB mithin eine Neuerung für Heilpraktiker. Die Pflicht des Heilpraktikers zur wirtschaftlichen Aufklärung wurde hingegen in der Rechtsprechung bereits nach alter Rechtslage angenommen.⁴⁸⁴

Vor Inkrafttreten des Patientenrechtegesetzes war ungeklärt, ob den Heilpraktiker Dokumentationspflichten treffen und ob die Beweiserleichterung bei Dokumentationsmängeln auf den Heilpraktiker Anwendung findet. Das OLG Bamberg⁴⁸⁵ und der BGH⁴⁸⁶ mussten sich in verschiedenen Verfahren mit diesen Fragen beschäftigen. Beide lehnten, jeweils für den konkreten Einzelfall, eine Dokumentationspflichtigkeit der Maßnahme ab, sodass sie keine Stellung zum beweisrechtlichen Folgeproblem beziehen mussten. Eine grundsätzliche Dokumentationspflicht der Heilpraktiker wurde aber sowohl von diesen Gerichten als auch in der Literatur⁴⁸⁷ bejaht. Gleiches besagte auch § 4 der Berufsordnung der Heilprak-

⁴⁸² Vgl. OLG Hamm, VersR 1987, 1019 (1019); OLG Koblenz, OLGR 2007, 389 (389 f.); AG Bottrop, NJWE-VHR 1996, 91 (91 f.); *Taupitz*, NJW 1991, 1505 (1510); *Sasse*, Der Heilpraktiker, S. 140 f.; *L. Eberhardt*, VersR 1986, 110 (115); *Ehlers*, Medizin in den Händen von Heilpraktikern – „Nicht-Heilkundigen“, S. 224 ff.; *Krieger*, Rechtskunde für Heilpraktiker, S. 322 ff. m. w. N.

⁴⁸³ Quaaß/Zuck/Zuck, Medizinrecht, § 34 Rn. 2 erwähnen „Informationspflichten des Heilpraktikers“; vgl. auch *Krieger*, Rechtskunde für Heilpraktiker, S. 330 f.

⁴⁸⁴ AG Göppingen, NJW-RR 1996, 346 (346); diese Pflicht zuvor zumindest erwägend: *Baden*, NJW 1988, 746 (746).

⁴⁸⁵ OLG Bamberg, BeckRS 2000, 31162343.

⁴⁸⁶ BGH, NJW 2012, 684.

⁴⁸⁷ *Sasse*, Der Heilpraktiker, S. 138 f.; *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 590.

tiker.⁴⁸⁸ Ob im konkreten Einzelfall eine Dokumentation notwendig ist, muss unter Berücksichtigung der gruppentypischen Üblichkeit ermittelt werden.

Auch die Übertragbarkeit der Beweiserleichterung bei Dokumentationsmängeln auf die Heilpraktikerhaftung wurde teilweise bejaht, auch wenn die beiden oben genannten Gerichte diese Frage, wie gesagt, offen gelassen hatten.⁴⁸⁹ Die Anwendung dieser Regel auf Heilpraktiker steht nunmehr fest (§ 630h Abs. 3 BGB). Dies erscheint richtig. Wenn der Heilpraktiker eine Maßnahme dokumentieren muss, so gibt es keinen Grund, warum die für Ärzte geltende „beweisrechtliche Sanktion“ bei Dokumentationsmängeln nicht gleichermaßen den Heilpraktiker treffen sollte.

Auch hinsichtlich der übrigen arztrechtlichen Beweisgrundsätze wurde teilweise eine Übertragung auf die Heilpraktikerhaftung befürwortet.⁴⁹⁰ Ausführliche Untersuchungen der Literatur bzw. Stellungnahmen aus der Rechtsprechung fehlten hierzu jedoch.⁴⁹¹ Nunmehr hat sich der Gesetzgeber für eine Anwendbarkeit der arztrechtlichen Beweisregeln auf die Heilpraktikerhaftung entschieden. Die Übernahme der Beweisregeln erscheint insofern sinnvoll, als Heilpraktiker ähnliche Behandlungsmaßnahmen vornehmen wie Ärzte. Keine Bedeutung erlangen wird aber beispielsweise die Beweiserleichterung bei Befunderhebungsfehlern, weil durch Heilpraktiker in aller Regel keine Befunderhebung erfolgt.

b) Zwischenergebnis

Die Einbeziehung der Psychotherapeuten und der sonstigen Heilberufe in die §§ 630a ff. BGB hat dazu geführt, dass diese Berufsgruppen teilweise neuen Pflichten und Beweisgrundsätzen unterliegen. Damit sind aber für die genannten Professionen keine elementaren Änderungen hinsichtlich der Haftungsrisiken verbunden. Zum einen wurden, wie gezeigt, viele der arztrechtlichen Regeln ohnehin auf diese Berufsgruppen angewendet, zum anderen wurde für keine der Professionen nach altem Recht ausdrücklich vertreten, dass arztrechtliche Pflichten bzw. Beweisgrundsätze auf diese nicht anwendbar seien. Allein in einigen Bereichen fehlten Aussagen aus der Rechtsprechung oder der Literatur zur Anwend-

⁴⁸⁸ Die Heilpraktikerschaft besitzt seit 1945 kein rechtlich verbindliches Standesrecht (Berufsordnung) mehr. Die Berufsordnung (BOH) wurde in den sechs Bundesverbänden als Vereinsatzung mit verbandsinternem Geltungswillen für die Mitglieder beschlossen. Da diese BOH aber nicht einheitlich für alle Heilpraktiker gilt, hat sie nur einen „empfehlenden“ Charakter. Die zu Rate gezogene Berufsordnung hat den Stand 2008 und ist abrufbar unter: <http://www.udh-bundesverband.de/files/bohmitanhangauszughwguwg.pdf> <zuletzt abgerufen: 1.7.2014>.

⁴⁸⁹ So OLG Düsseldorf, OLGR Düsseldorf, 145 (145); *Franz*, Naturheilmittel und Recht, S. 358 f.; vgl. auch *Spickhoff*, LMK 2012, 332542.

⁴⁹⁰ So OLG Düsseldorf, OLGR Düsseldorf, 145 (145); *Franz*, Naturheilmittel und Recht, S. 358 f. mit Verweis auf das gemeinsame Tätigkeitsgebiet (Ausübung der Heilkunde) von Ärzten und Heilpraktikern.

⁴⁹¹ Die Rechtsprechung musste sich nie zur Anwendbarkeit auf Heilpraktiker äußern, weil stets die Voraussetzungen der Beweisregeln im zu entscheidenden Fall nicht vorlagen: BGH, NJW 2012, 684 (685) – zur Beweiserleichterung bei Dokumentationsmängeln und voll beherrschbaren Risiken; OLG Bamberg, BeckRS 2000, 31162343 – Beweiserleichterung bei Dokumentationsmängeln.

barkeit. Daraus kann aber nicht darauf geschlossen werden, dass die Anwendbarkeit abzulehnen gewesen wäre. Vielmehr zeugt diese Feststellung nur davon, dass diese Regeln in der Praxis ohne Relevanz geblieben waren. Dies lässt die Prognose zu, dass die aus dem Arztrecht entlehnten Pflichten – soweit sie bislang für die jeweilige Profession bedeutungslos waren – auch in Zukunft keine große haftungsrechtliche Relevanz entfalten werden.

Die Anwendung der neuen Regeln erscheint auch deshalb begrüßenswert, weil kein Grund ersichtlich ist, weshalb die Psychotherapeuten und sonstigen Heilberufe durch Nichtanwendung der Bestimmungen der §§ 630a ff. BGB gegenüber den Ärzten privilegiert werden sollten. Dass die Berufsgruppen zum Teil eine geringere Qualifikation erfordern und damit einhergehend eine geringere Bezahlung erhalten, steht der Anwendung der Regeln nicht entgegen, weil aufgrund der häufig weniger eingriffsintensiven Maßnahmen auch geringere Anforderungen hinsichtlich der Pflichten, insbesondere der Aufklärungs- und Dokumentationspflichten, bestehen.

4. Einhaltung des anerkannten fachlichen Standards (Abs. 2)

§ 630a Abs. 2 BGB stellt ausdrücklich klar, dass sich die medizinische Behandlung am bestehenden, allgemein anerkannten fachlichen Standard auszurichten hat. Der medizinische Standard ist in erster Linie für die Pflichtverletzung, die in Form des Behandlungsfehlers als Unterschreitung des medizinischen Standards definiert werden kann,⁴⁹² und für das Verschulden relevant.⁴⁹³ Für letzteres gilt auch im Medizinrecht grundsätzlich der Maßstab der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt, § 276 Abs. 2 BGB. Durch den Facharztstandard wird der allgemeine Sorgfaltsmaßstab – nach altem, wie neuem Recht – konkretisiert.⁴⁹⁴ Eine exakte Definition des medizinischen Standards existiert weder in der Jurisprudenz noch in der Medizin. Ein relativ bekannter Definitionsversuch lautet wie folgt: „Standard in der Medizin repräsentiert den jeweiligen Stand der naturwissenschaftlichen Erkenntnisse und der ärztlichen Erfahrung, der zur Erreichung des ärztlichen Behandlungsziels erforderlich ist und sich in der Erprobung bewährt hat.“⁴⁹⁵ Da sich die

⁴⁹² *Laufs/Kern* in: *Laufs/Kern*, Handbuch des Arztrechts, § 97 Rn. 5; *Katzenmeier* in: *Laufs/Katzenmeier/Lipp*, Arztrecht, Kap. X Rn. 5.

⁴⁹³ Die Formulierung der Gesetzesbegründung, BT-Drs. 17/10488, S. 19, ist unglücklich, da sie den Anschein erweckt, dass § 630a Abs. 2 BGB nur als Ergänzung des § 276 BGB Bedeutung erlangt, der lediglich das Vertretenmüssen betrifft, vgl. dazu *Spickehoff*, *VersR* 2013, 267 (271). Neben der Pflichtverletzung und dem Verschulden ist der medizinische Standard auch für die Rechtswidrigkeit von Bedeutung, *Taupitz*, *AcP* 211, 352 (355).

⁴⁹⁴ Vgl. BT-Drs. 17/10488, S. 19; dazu ausführlich *Taupitz*, *AcP* 211, 352 (355 ff.).

⁴⁹⁵ OLG Köln, *VersR* 2000, 493 (493); *Carstensen*, *DÄ* 1989, B 1736 (B 1737); vgl. *Laufs* in: *Laufs/Kern*, Handbuch des Arzthaftungsrecht, § 3 Rn. 17 m. w. N.; *Katzenmeier* in: *Laufs/Katzenmeier/Lipp*, Arztrecht, Kap. X Rn. 6 m. w. N.; allgemein zu haftungserheblichen Standards: *Deutsch*, *JZ* 1997, 1030; zur Dynamik des fachlichen Standards: *Deutsch/Spickehoff*, *Medizinrecht*, Rn. 360 f.; *Krefe*, *MedR* 2007, 393 (395).

Sorgfaltsanforderungen nach dem jeweiligen Verkehrskreis richten (Prinzip der Gruppenfahrlässigkeit),⁴⁹⁶ kann sich dieser Standard zwischen einzelnen Berufsgruppen unterscheiden.⁴⁹⁷

a) *Fachlicher Standard in der Ärzteschaft*

So werden innerhalb der Ärzteschaft an die einzelnen Fachrichtungen (Chirurgie, Neurologie, etc.) unterschiedliche Erwartungen hinsichtlich der Kenntnisse und Fähigkeiten der tätigen Ärzte gestellt (sog. Facharztstandard).⁴⁹⁸ Die Sorgfaltsanforderungen gehen dabei teilweise erheblich über diejenigen Anforderungen hinaus, die an einen Allgemeinmediziner in der jeweiligen Sparte gestellt werden.⁴⁹⁹ Zur Ermittlung des fachlichen Standards werden vielfach Leitlinien⁵⁰⁰ herangezogen, die von den medizinischen Fachgesellschaften herausgegeben werden.⁵⁰¹ Wegen der Fortentwicklung des fachlichen Standards besteht neben der Berücksichtigung der Leitlinien eine Pflicht des Arztes, sich durch Lektüre der einschlägigen Fachzeitschriften und durch den Besuch von Fortbildungsveranstaltungen über neuere Entwicklungen zu informieren.⁵⁰² Die Befolgung von Leitlinien indiziert ein standardgemäßes und damit sorgfaltsgemäßes Verhalten des Arztes.⁵⁰³ Leitlinien weisen allerdings nicht die einzig richtige und daher zwingende Art und Weise der Behandlung für einen konkreten Fall aus.⁵⁰⁴

⁴⁹⁶ RGZ 68, 422, 423; BGHZ 39, 281 (283); NJW 1970, 1038 (1038); Palandt/*Grüneberg*, BGB, § 276 Rn. 17.

⁴⁹⁷ Vgl. dazu *A. Walter*, Spezialisierung und Sorgfaltsstandard im Arzt- und Anwaltshaftungsrecht, S. 173 ff.; *Taupitz*, NJW 1991, 1505 (1506); allgemein zur Gruppenfahrlässigkeit MünchKomm/*Grundmann*, BGB, § 276 Rn. 57 f.

⁴⁹⁸ *Laufs/Kern* in: *Laufs/Kern*, Handbuch des Arztrechts, § 97 Rn. 17; dazu ausführlich *A. Walter*, Spezialisierung und Sorgfaltsmaßstab im Arzt- und Anwaltshaftungsrecht, S. 151 ff.

⁴⁹⁹ BGH, NJW 1997, 3090 (3091); BGHZ 113, 297 (304); *Gehrlein*, Grundriss der Arzthaftpflicht, Kap. B Rn. 9.

⁵⁰⁰ Zu für das ärztliche Pflichtenprogramm ebenfalls wichtigen Richtlinien und zur deren Abgrenzung zu Leitlinien, *Taupitz*, AcP 211, 352 (363); *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 362.

⁵⁰¹ In der Arbeitsgemeinschaft der Wissenschaftlichen Medizinischen Fachgesellschaften e.V. (AWMF) sind zahlreiche dieser Fachgesellschaften zusammengeschlossen. Auf der Website dieser Arbeitsgemeinschaft (www.AWMF.org) sind derzeit (Stand: 1.7.2014) 909 Leitlinien abrufbar. Diese Leitlinien werden nach ihrer methodischen Qualität aufsteigend als S-1, S-2 oder S-3 Leitlinie bezeichnet.

⁵⁰² Siehe allgemein zur ärztlichen Fortbildungspflicht die Regelungen in den §§ 95d, 137 Abs. 3 Nr. 1 SGB V und § 4 MBO-Ä. Nach § 5 der (Muster-)Fortbildungsordnung der Bundesärztekammer in der Fassung vom 29.5.2013 (MFO) müssen Ärzte ihre Weiterbildung durch den Nachweis von 250 Fortbildungspunkten innerhalb von fünf Jahren dokumentieren. Eine 45-minütige Fortbildungseinheit wird dabei beispielsweise mit einem Fortbildungspunkt honoriert, vgl. § 6 MFO.

⁵⁰³ OLG Karlsruhe, OLGR Karlsruhe 2006, 8 (8 f.); *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 372.

⁵⁰⁴ *Laufs/Kern* in: *Laufs/Kern*, Handbuch des Arztrechts, § 97 Rn. 18.

b) Fachlicher Standard bei den sonstigen Heilberufen

Während für die psychotherapeutische Behandlung ebenfalls etliche Leitlinien existieren,⁵⁰⁵ ist dies bei den übrigen Berufsgruppen nur in geringerem Umfang⁵⁰⁶ bzw. gar nicht der Fall. Daher ist dort die Ermittlung des fachlichen Standards besonders schwierig. Festzuhalten ist, dass sich diese Berufsgruppen nicht etwa am ärztlichen Standard ausrichten müssen,⁵⁰⁷ sondern die Sorgfaltsanforderungen für jede Berufsgruppe gesondert festgestellt werden müssen.⁵⁰⁸ Da der Standard für jeden Einzelfall, im Haftungsprozess regelmäßig unter Hinzuziehung eines Sachverständigen, zu bestimmen ist, äußert sich der Gesetzgeber hierzu nicht ausführlich. Er stellt jedoch mit Verweis auf die Rechtsprechung klar,⁵⁰⁹ dass, soweit sich noch kein fachlicher Standard entwickelt hat, die Sorgfalt eines vorsichtigen Behandelnden eingehalten werden muss.⁵¹⁰

Allein die an einen Heilpraktiker zu stellenden Anforderungen veranlassen den Gesetzgeber zu einer umfangreicheren Stellungnahme. Danach sei ein Heilpraktiker grundsätzlich nicht zur Einhaltung des an einen Arzt gestellten Maßstabes verpflichtet, da der Patient bewusst eine Behandlung außerhalb der Schulmedizin in Anspruch nähme.⁵¹¹ Die angewendeten Methoden müssten jedoch den Vorstellungen des Patienten entsprechen, risikolos und wenig belastend sein.⁵¹² Der Heilpraktiker müsse sich über die angewendeten Methoden eine hinreichende Sachkunde aneignen und die Techniken für eine gefahrlose Anwendung erlernen. Soweit der Heilpraktiker allerdings invasive Behandlungsmethoden anwende, müsse er dieselben Sorgfaltsanforderungen erfüllen, wie ein Arzt für Allgemeinmedizin.⁵¹³

⁵⁰⁵ Siehe dazu die zu diesem Fachbereich zu findenden Leitlinien auf der Website der AWMF (www.AWMF.org).

⁵⁰⁶ Etwa für Hebammen relevante Leitlinien lassen sich auf der Website der AWMF (www.AWMF.org) finden.

⁵⁰⁷ BT-Drs. 17/10488, S. 19.

⁵⁰⁸ Zu den Sorgfaltsanforderungen beim Psychotherapeuten: *Gründel*, Psychotherapeutisches Haftungsrecht, S. 95 ff.; bei Hebammen: *Hiersche*, Die rechtliche Position der Hebamme bei der Geburt, S. 85 ff. und § 2 NHebG; bei Physiotherapeuten u.Ä.: *Hüter-Becker/Dölken*, Beruf, Recht, wissenschaftliches Arbeiten, S. 115; bei Heilpraktikern: *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 590 und *Krieger*, Rechtskunde für Heilpraktiker, S. 317 ff.

⁵⁰⁹ BT-Drs. 17/10488, S. 19 mit Hinweis auf BGH, VersR 2007, 995 (997 f.).

⁵¹⁰ Dass § 630a Abs. 2 BGB für den Fall, dass noch kein fachlicher Standard entwickelt wurde, keine Regelungen enthält, sieht *Spickhoff*, VersR 2013, 267 (272) als Lücke an, die durch die allgemeinen Grundsätze gefüllt werden müsse.

⁵¹¹ Hierzu und zum Folgenden, BT-Drs. 17/10488, S. 19.

⁵¹² Vgl. dazu schon früher BGH, VersR 1991, 469 (470).

⁵¹³ So für die alte Rechtslage bereits BGH, NJW 1991, 1535 (1537); OLG Hamm, BeckRS 2012, 14530; OLG Bamberg, VersR 2002, 323 (323).

c) Abweichen vom fachlichen Standard

Der zweite Halbsatz von § 630a Abs. 2 BGB macht deutlich, dass von den Parteien des Behandlungsvertrages ein Abweichen vom medizinischen Standard vereinbart werden kann. Dieser Halbsatz war im Referentenentwurf zum Patientenrechtegesetz noch nicht vorgesehen,⁵¹⁴ weshalb die Norm in damaliger Form in der Literatur auf Kritik stieß. So wurde bemängelt, dass die Neulandmedizin in § 630a Abs. 2 BGB in der Fassung des Referentenentwurfs nicht hinreichend berücksichtigt werde, weil stets dem bestehenden Standard zu folgen sei.⁵¹⁵ Außerdem würden der ärztlichen Therapiefreiheit und der Patientenautonomie nicht hinreichend Rechnung getragen, weil nicht deutlich werde, dass medizinischer Fortschritt, Besonderheiten des Einzelfalls oder der Wille des Patienten eine vom bestehenden fachlichen Standard abweichende Behandlung erfordern könnten.⁵¹⁶

Die Einfügung des besagten zweiten Halbsatzes, die der Kritik abhelfen sollte und eine Abweichung vom Facharztstandard in positiver wie negativer Hinsicht zulässt, ist ebenfalls beanstandet worden. Der Behandelnde müsse nunmehr mit dem Patienten eine vertragliche Vereinbarung über die Abweichung vom Standard treffen, während diese nach alter Rechtslage von der Therapiefreiheit des Mediziners gedeckt gewesen sei.⁵¹⁷ Dem kann entgegengehalten werden, dass Behandler und Patient auch nach alter Rechtslage auf dem Wege der Alternativaufklärung⁵¹⁸ und der Einwilligung in diese Alternative einen Konsens über die Anwendung einer vom fachlichen Standard abweichenden Methode erreichen mussten. Die Aufklärung und die Einwilligung stellen zwar jeweils keine Willenserklärung dar,⁵¹⁹ sodass durch diese grundsätzlich keine vertraglichen Vereinbarungen zustande kommen, man kann aber den tatsächlichen Handlungen der Alternativaufklärung und der Einwilligung bei lebensnaher Auslegung zusätzlich zu ihrer eigentlichen „Einwilligungsfunktion“ auch jeweils eine Willenserklärung entnehmen, die auf eine vertragliche Abweichungsvereinbarung gerichtet ist.

⁵¹⁴ Siehe Referentenentwurf zum Patientenrechtegesetz, S. 5.

⁵¹⁵ *Olzen/Metzmacher*, JR 2012, 271 (272).

⁵¹⁶ So *Katzenmeier*, MedR 2012, 576 (579, rechte Spalte) noch die Rechtslage des Referentenentwurfs aufgreifend.

⁵¹⁷ So hierzu und zum Folgenden *Katzenmeier*, MedR 2012, 576 (579).

⁵¹⁸ Dazu *Katzenmeier* in: *Laufs/Katzenmeier/Lipp*, *Arztrecht*, Kap. V Rn. 26 und 28: Der Arzt muss zwar nicht ungefragt über mehrere (innerhalb des fachlichen Standards liegende) Methoden aufklären, wenn diese keine unterschiedlichen Erfolgsaussichten oder Risiken mit sich bringen, bei einer Abweichung vom fachlichen Standard, wie sie hier in Frage steht, ist (und war) aber eine Alternativaufklärung zwingend.

⁵¹⁹ Bei der Einwilligung ist die Rechtsnatur streitig, nach h. M. aber keine Willenserklärung, siehe *Spickehoff* in: FS für G.Fischer, S. 503 (506).

Auch die Kritik, dass die Gesetz gewordene Formulierung die Gefahr heraufbeschwöre, dass dem Behandelnden durch diesen Halbsatz die Tür zu Haftungsfreizeichnungsklauseln geöffnet werde,⁵²⁰ ist unbegründet. Die Abweichungsvereinbarungen unterliegen einer strengen gerichtlichen Inhaltskontrolle.⁵²¹ Sollte ein Behandlungsvertrag eine formularmäßige Klausel über die Abweichung vom Facharztstandard enthalten, die faktisch eine Haftungsbeschränkung bedeutet, hält diese nicht der Inhaltskontrolle nach § 309 Nr. 7 a) BGB stand, weil eine Haftung für Körperschäden nicht formularmäßig beschränkt werden kann.⁵²² Bei individuellen Vereinbarungen ist eine Inhaltskontrolle im Rahmen der §§ 134, 138 und 242 BGB möglich. Führt die Vereinbarung der Abweichung vom Facharztstandard faktisch zu einer Haftungsbeschränkung, ist diese Absprache, soweit eine medizinisch indizierte Maßnahme betroffen ist, sittenwidrig. Denn eine Haftungsbeschränkung bei medizinisch indizierten Maßnahmen widerspricht dem Leitbild des Behandlungsvertrages (einschließlich der Risikoverteilung) und stellt sich als Ausnutzung einer Notlage des Patienten dar, da dieser nicht auf die Behandlung verzichten kann.⁵²³ Etwas anderes ist nur bei medizinisch nicht indizierten Maßnahmen, vor allem bei kosmetischen Operationen, denkbar.⁵²⁴ Aufgrund dieser gerichtlichen Kontrollmöglichkeiten ist nicht zu befürchten, dass über § 630a Abs. 2 (letzter Hs.) BGB erfolgreich haftungsbegrenzend wirkende Abweichungsvereinbarungen in Behandlungsverträge eingeführt werden.

Darüber hinaus macht § 630a Abs. 2 (letzter Hs.) BGB deutlich, dass sich der Behandelnde und Patient auch auf einen Behandlungsstandard einigen können, der oberhalb des grundsätzlich geschuldeten Facharztstandards liegt. Dies kommt etwa dann in Betracht, wenn ein Patient einen besonderen Spezialisten eines Fachgebiets – häufig unter Aufsichtnehmen einer langen Anreise – aufsucht, um sich von diesem behandeln zu lassen.⁵²⁵

Im Ergebnis lässt sich festhalten, dass trotz der vielfältigen und teils berechtigten Kritik an § 630a Abs. 2 BGB eine ersatzlose Streichung dieses Absatzes, wie *Katzenmeier* sie gefordert hat,⁵²⁶ nicht wünschenswert gewesen wäre. Die grundsätzliche Bindung des Behandelnden an den fachlichen Standard stellt ein wesent-

⁵²⁰ Stellungnahme des Bundesrates zum Patientenrechtegesetz, BT-Drs. 17/10488, S. 37.

⁵²¹ *Katzenmeier*, MedR 2012, 576 (579); ebenfalls auf die bestehende Inhaltskontrolle verweisend, die Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrates zum Patientenrechtegesetz, BT-Drs. 17/10488, S. 52.

⁵²² Zur formularmäßigen Haftungsbegrenzung durch Ärzte näher *Katzenmeier*, MedR 2011, 201 (211).

⁵²³ *Deutsch*, NJW 1983, 1351 (1353); vgl. zur Sittenwidrigkeit solcher Vertragsvereinbarungen auch ein obiter dictum des OLG Stuttgart, NJW 1979, 2355 (2356).

⁵²⁴ Siehe dazu OLG Saarbrücken, NJW 1999, 871 (871 f.); *Katzenmeier*, MedR 2011, 201 (211); *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 159.

⁵²⁵ Zur konkludenten Vereinbarung eines höheren Standards durch Inanspruchnahme der Behandlung eines Spezialisten, siehe *Spickhoff*, VersR 2013, 267 (272).

⁵²⁶ *Katzenmeier*, MedR 2012, 576 (579).

liches Prinzip des Behandlungsvertragsrechts dar und wurde als solches zu Recht in den §§ 630a ff. BGB niedergelegt.

III. Anwendbare Vorschriften, § 630b BGB

§ 630b BGB stellt klar, dass auf den Behandlungsvertrag die Vorschriften über den Dienstvertrag anwendbar sind, soweit die §§ 630a ff. BGB keine andere, speziellere Regelung enthalten oder die Parteien etwas anderes vereinbart haben.⁵²⁷ Nicht umfasst von diesem Verweis sind die Vorschriften über das Arbeitsverhältnis.

1. Arbeitsrechtliche und werkvertragliche Vorschriften

Auf den Hinweis, dass arbeitsrechtliche Regelungen von dem Verweis des § 630b BGB nicht erfasst sind, hätte der Gesetzgeber verzichten können. Die medizinische Tätigkeit unterscheidet sich deutlich von der eines Arbeitnehmers. Zwar ist der Arzt⁵²⁸ in gewissem Maße an die Anordnungen des Patienten gebunden,⁵²⁹ er kann aber im Rahmen seiner Therapiefreiheit deutlich eigenständiger entscheiden als ein Arbeitnehmer.⁵³⁰ Auch besteht kein persönliches Abhängigkeitsverhältnis des Arztes vom Patienten.⁵³¹ Ebenso wenig ist ein Arzt in eine Arbeitsorganisation beim Patienten eingebunden.⁵³² Da eine Anwendung der arbeitsrechtlichen Regeln ohnehin nicht in Betracht kam, hätte der Gesetzgeber von dem entsprechenden Halbsatz absehen können.

Anstelle des Hinweises, dass arbeitsrechtliche Vorschriften vom Verweis auf das Dienstvertragsrecht nicht erfasst sind, hätte der Gesetzgeber besser darauf hindeuten sollen, dass bei einzelnen Behandlungsverträgen auch werkvertragliche Elemente eine Rolle spielen können. Damit hätte er Zweifel vermieden, ob an der bisherigen Einstufung von Behandlungsverträgen im Grenzbereich zwischen Dienst- und Werkvertrag festgehalten wird.⁵³³ Dass sich in diesem Bereich durch das Patientenrechtegesetz, wie oben gezeigt, im Grunde nichts geändert hat, ergibt

⁵²⁷ So BT-Drs. 17/10488, S. 20.

⁵²⁸ Soweit in den folgenden Abschnitten und Kapiteln der Begriff „Arzt“ verwendet wird, gelten die Ausführungen für die übrigen Berufsgruppen, die in den Anwendungsbereich der §§ 630a ff. BGB fallen, entsprechend, soweit nicht explizit etwas anderes ausgeführt wird.

⁵²⁹ Eine Behandlung kann nur dem Willen des Patienten entsprechend durchgeführt werden, dies folgt schon aus dessen Selbstbestimmungsrecht und ist einfachrechtlich durch das Einwilligungserfordernis abgesichert.

⁵³⁰ Siehe dazu OLG Hamm, NJW 1996, 791 (791); *Becker-Schaffner*, VersR 1971, 195 (197).

⁵³¹ Vgl. zum arbeitsrechtlichen Abhängigkeitsverhältnis Bamberger/Roth/*Fuchs*, BGB, § 611 Rn. 35 f.

⁵³² Zu dieser Voraussetzung, BAG, NJW 2008, 2872 (2873); NJW 2004, 461 (462); NJW 1998, 3661 (3661).

⁵³³ Solche Bedenken äußert etwa *Katzenmeier*, MedR 2012, 576 (579). Die Bedenken sind im Ergebnis aber unbegründet, siehe oben Kap. 3 II. 1. b).

sich zwar teilweise aus der Lektüre der Gesetzesbegründung, aus Gründen der Transparenz hätte sich ein entsprechender Verweis im Gesetzestext aber zumindest angeboten. Eine derartige Klarstellung sah nicht nur der Gesetzgebungsvorschlag von *Kubella* vor,⁵³⁴ sondern wurde im Gesetzgebungsverfahren auch vom Bundesrat gefordert.⁵³⁵

2. Näheres zu den anwendbaren Dienstvertragsvorschriften

Nach § 612 Abs. 1 BGB gilt eine Vergütung als stillschweigend vereinbart, wenn die Dienstleistung nach den Umständen nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist. Dies ist bei medizinischer Behandlung stets der Fall. Eine Besonderheit besteht allerdings insofern, als es zwischen Medizinerkollegen häufiger dazu kommt, dass die Behandlung ohne Gegenleistung erbracht wird.⁵³⁶ Dabei entsteht aber auch zwischen diesen ein Vergütungsanspruch gemäß § 612 Abs. 1 BGB. Dieser wird lediglich vom Behandelnden nicht geltend gemacht bzw. gemäß § 397 Abs. 1 BGB erlassen.⁵³⁷

§ 612 Abs. 2 BGB bestimmt, dass, wenn die Höhe der Vergütung nicht vereinbart wurde, sich diese nach einer Taxe bzw. der üblichen Vergütung richtet. Taxen ergeben sich für etliche der unter die §§ 630a ff. BGB fallenden Berufsgruppen aus Gebührenordnungen.⁵³⁸ Für Ärzte und Zahnärzte gelten die GOÄ und die GOZ. Diese Gebührenordnungen stellen zwingendes Preisrecht dar.⁵³⁹ Eine Vereinbarung der Höhe der Vergütung, wie sie nach § 630a Abs. 1 BGB grundsätzlich von den Vertragsparteien vorgenommen werden kann, ist daher bei ärztlicher Behandlung nur im Rahmen der GOÄ bzw. GOZ möglich.⁵⁴⁰

Ein bedeutsamer Verweis, den § 630b BGB ausspricht, ist derjenige auf § 613 Satz 1 BGB. Danach hat der Dienstleistungsverpflichtete die Leistung im Zweifel in Person zu erbringen. Daher muss grundsätzlich derjenige, der mit dem Patienten den Behandlungsvertrag abschließt die medizinische Behandlung selbst erbringen. Ein Arzt ist aber nicht verpflichtet jede Behandlungsmaßnahme eigen-

⁵³⁴ *Kubella*, Patientenrechtgesetz, S. 110 und 193 ff.

⁵³⁵ Stellungnahme des Bundesrates zum Patientenrechtgesetz, BT-Drs. 17/10488, S. 38.

⁵³⁶ Dies ist gem. § 12 Abs. 2 MBO-Ä zulässig.

⁵³⁷ Siehe BGH, NJW 1977, 2120 (2120); *Schmid*, Die Passivlegitimation im Arzthaftpflichtprozess, S. 66 f.; *Kern* in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 39 Rn. 36.

⁵³⁸ Die meisten freien Berufe haben eigene Gebührenordnungen, *Bamberger/Roth/Fuchs*, BGB, § 612 Rn. 11.

⁵³⁹ BT-Drs. 17/10488, S. 20; *Kern* in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 75 Rn. 2; *Quaas/Zuck/Quaas*, Medizinrecht, § 14 Rn. 43; auch kosmetische Operationen müssen zwingend nach GOÄ abgerechnet werden, BGH, NJW 2006, 1879 (1880).

⁵⁴⁰ Vgl. dazu etwa §§ 2 und 5 GOÄ. Gleiches gilt für Psychotherapeuten, da die Gebührenordnung dieser Berufsgruppe (GOP) auf die GOÄ verweist. Auch die nicht bundeseinheitlichen Gebührenordnungen der Hebammen beinhalten eine Begrenzung der Vergütungshöhe, vgl. etwa § 1 Abs. 3 Brem. HebGebVO. Der Heilpraktiker ist hinsichtlich der Vereinbarung der Vergütung hingegen völlig frei. Muss eine „übliche Vergütung“ i. S. d. § 612 Abs. 2 BGB festgestellt werden, so kann auf das Gebührenverzeichnis für Heilpraktiker (GebüH) zurückgegriffen werden.

händig vorzunehmen, sondern er kann vorbereitende und unterstützende Tätigkeiten Hilfspersonen überlassen, wenn er sie anordnet und sie von ihm verantwortet werden.⁵⁴¹ Schließt der Patient mit einer Personenmehrheit einen Behandlungsvertrag ab, etwa mit einem Krankenhausträger, der regelmäßig eine juristische Person ist, so wird die Behandlung durch einen der angestellten Ärzte erbracht.⁵⁴² Durch einen Vertrag über Wahlleistungen kann der Patient auch im Krankenhaus die persönliche ärztliche Behandlung durch einen konkreten liquidationsberechtigten Krankenhausarzt erreichen.

Nicht unproblematisch ist die Frage, inwieweit sogenannte Vertretungsregeln bei solchen Wahlarztverträgen zulässig sind. Der Gesetzgeber äußert sich hierzu leider nicht. Daher werden die Aussagen des Bundesgerichtshofs zu dieser Frage weiterhin Geltung behalten.⁵⁴³ Danach verstoßen formularmäßige Vertretungsklauseln in Wahlleistungsverträgen gegen § 308 Nr. 4 BGB (Möglichkeit der einseitigen Änderung der Leistung), wenn diese nicht auf Fälle der Verhinderung beschränkt sind, die zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch nicht vorhersehbar waren.⁵⁴⁴ Daneben muss der ständige ärztliche Vertreter i. S. d. § 4 Abs. 2 Satz 3 und 4, § 5 Abs. 5 GOÄ als Vertreter im Verhinderungsfall bestimmt sein und namentlich benannt werden.⁵⁴⁵ Eine individualvertragliche Vertretervereinbarung ist zulässig, wenn sie schriftlich abgeschlossen wird und gleichzeitig (mündlich) über die bestehenden Wahlmöglichkeiten des Patienten aufgeklärt wird, wie etwa die Verschiebung des Eingriffs bis zum Ende der Verhinderung des liquidationsberechtigten Arztes, die Behandlung ohne Zuzahlung durch den diensthabenden Arzt oder die Erbringung der medizinischen Maßnahme durch einen bestimmten Vertreter. Bei Verletzung dieser Aufklärungspflicht, steht dem Honoraranspruch des Wahlarztes der Einwand unzulässiger Rechtsausübung entgegen.⁵⁴⁶

Da diese Rechtsprechung einen sehr guten Ausgleich zwischen Patienten- und Ärzteinteressen schafft und dabei auch den organisatorischen Ablauf in Kliniken angemessen berücksichtigt,⁵⁴⁷ ist es richtig, dass der Gesetzgeber in diesem Bereich keine andere Abwägung der Patienten- und Ärzteinteressen vorgenommen hat. Bedauerlich ist jedoch, dass er nicht wenigstens auf die Geltung dieser Regeln hingewiesen und diesen damit eine höhere Bestandskraft verliehen hat.⁵⁴⁸

⁵⁴¹ Siehe § 15 Abs. 1 Satz 2 SGB V; *Kern* in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 45 Rn. 2; *Gütter/Köhler*, Der Grundsatz der persönlichen ärztlichen Leistungspflicht, S. 55.

⁵⁴² Siehe auch BT-Drs. 17/10488, S. 21.

⁵⁴³ Insbesondere BGH, JZ 2008, 685.

⁵⁴⁴ Vgl. dazu und zum Folgenden BGH, JZ 2008, 685 (686 f.).

⁵⁴⁵ Zur Möglichkeit der Benennung von mehr als nur einem ständigen Vertreter, insbesondere in Großkliniken, *Spickhoff*, JZ 2008, 687 (688).

⁵⁴⁶ Siehe dazu allgemein *Kalis*, VersR 2002, 23 (26).

⁵⁴⁷ Ebenso *Spickhoff*, JZ 2008, 686 (688).

⁵⁴⁸ Dies ebenfalls fordernd *Spickhoff*, ZRP 2012, 65 (66). Dieser sieht in der o.g. Entscheidung eine relativ großzügige (i. E. aber wohl nicht zu beanstandende) Zulassung von Individualvereinbarungen.

Weiterhin verweist § 630b BGB auf § 614 BGB. Danach ist die Vergütung nach der Leistung zu entrichten. Hierzu treffen § 12 Abs. 1 GOÄ bzw. § 10 Abs. 1 GOZ eine abweichende Regelung. Zusätzliche Voraussetzung für die Fälligkeit des (zahn-)ärztlichen Vergütungsanspruchs ist die Stellung einer der Gebührenordnung entsprechenden Rechnung.⁵⁴⁹ Weitere für das Behandlungsverhältnis bedeutende Regelungen sind diejenigen zur Kündigung des Dauerschuldverhältnisses. Da die medizinische Behandlung ein Dienst höherer Art ist, der aufgrund besonderen Vertrauens übertragen wird, besteht grundsätzlich eine jederzeitige, nicht fristgebundene Kündigungsmöglichkeit beider Vertragsparteien, § 627 Abs. 1 BGB. Der Arzt darf jedoch in der Regel nur kündigen, wenn eine Weiterbehandlung gesichert ist, es sei denn, der Patient hat sich gröbste Verfehlungen gegenüber dem Behandelnden, beispielsweise schwere, wiederholte Verleumdungen, zu Schulden kommen lassen.⁵⁵⁰ Für vor der Kündigung erbrachte medizinische Leistungen steht dem Mediziner ein Vergütungsanspruch zu, soweit die Kündigung nicht durch Verhalten des Behandelnden veranlasst, bzw. von diesem ausgesprochen wurde und die Leistung isoliert keinen Wert für den Patienten hat, § 628 Abs. 1 BGB.

IV. Zusammenwirken und Informationspflichten, § 630c BGB

§ 630c BGB enthält mehrere einzelne Informationspflichten, die anders als die Selbstbestimmungsaufklärung nicht unmittelbar auf einen konkreten Eingriff bezogen sind, sondern das Behandlungsgeschehen allgemein betreffen. Absatz 1 spricht die Aufforderung an beide Parteien aus, bei der Behandlung zusammenzuwirken. Absatz 2 Satz 1 enthält die Pflicht des Behandelnden zur therapeutischen Aufklärung, Absatz 2 Satz 2 und 3 trifft Regelungen zur Fehleroffenbarungspflicht und Absatz 3 legt die Pflicht zur wirtschaftlichen Aufklärung gesetzlich nieder. Absatz 4 nennt Fälle, in denen die genannten Pflichten ausnahmsweise nicht bestehen.

1. Zusammenwirkensobliegenheit (Abs. 1)

Die Bestimmung des § 630c Abs. 1 BGB ist recht allgemein gefasst. Sie hat ihre Berechtigung darin, dass sie den Idealtypus des Arzt-Patienten-Verhältnisses als

⁵⁴⁹ Entscheidend ist, dass die Rechnung den formellen Anforderungen des § 12 Abs. 2 bis 4 GOÄ entspricht. Ein Widerspruch zu materiellem Gebührenrecht hat auf die Fälligkeit hingegen keinen Einfluss, vgl. BGH, NJW-RR 2007, 494 (495 f.).

⁵⁵⁰ *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 160; *Lipp* in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, Kap. III Rn. 31 mit dem berechtigten Hinweis darauf, dass in Notfällen das Kündigungsrecht des Arztes ausgeschlossen sein kann.

eine besondere Vertrauensbeziehung deutlich macht.⁵⁵¹ Auch wenn ein partnerschaftliches Zusammenwirken von beiden Seiten in jeder Behandlungssituation angestrebt werden sollte, lässt sich ein solches selbstverständlich nicht gesetzlich anordnen.⁵⁵² Aus diesem Grunde ist die Aufforderung zum Zusammenwirken von Patient und Behandelndem in § 630c Abs. 1 BGB nicht als Pflicht, sondern als gegenseitige Obliegenheit ausgestaltet.⁵⁵³ Der Arzt hat neben dieser Obliegenheit noch weitere Informationsaufgaben zu erfüllen, die in den Absätzen 2 und 3 als Pflichten ausgeformt sind.⁵⁵⁴ Durch diese Verpflichtungen wird die Zusammenwirkensobliegenheit für die ärztliche Seite konkretisiert und dabei weitgehend überlagert. Daher kommt ihr in Bezug auf ärztliches Verhalten eine deutlich geringere Bedeutung zu als dies beim Patienten der Fall ist.

Als Ausfluss der Zusammenwirkensobliegenheit ist der Patient dazu angehalten, alle für die Anamnese und die Behandlung relevanten Informationen zu offenbaren,⁵⁵⁵ vereinbarte Behandlungsmaßnahmen zu dulden⁵⁵⁶ und sein Verhalten nach den Maßgaben des Behandelnden auszurichten, um den Therapieerfolg nicht zu gefährden.⁵⁵⁷ Kommt der Patient diesen Obliegenheiten nicht nach, muss er sich im Schadensfalle gegebenenfalls ein Mitverschulden gem. § 254 BGB anrechnen lassen.⁵⁵⁸ Eine Berücksichtigung eines Mitverschuldens des Patienten kommt allerdings in Fällen, in denen der Arzt zuvor seiner therapeutischen Aufklärungspflicht nicht ordnungsgemäß nachgekommen ist, nur ausnahmsweise in Betracht. In diesen Konstellationen wird ein Mitverschulden lediglich dann relevant, wenn sich die Unvollständigkeit der therapeutischen Beratung dem Patienten als medizinischen Laien aufdrängen muss oder der Patient über weitergehendes persönliches Wissen verfügt.⁵⁵⁹

In Fällen hingegen, in denen der Patient therapiewichtige Informationen bewusst verschweigt oder durch Missachtung der ordnungsgemäß erteilten ärztlichen Hinweise zur Schadensentstehung beiträgt, ist ein Mitverschulden durchaus

⁵⁵¹ *Olzen/Metzmacher*, JR 2012, 271 (272 f.); *Hart*, GesR 2012, 385 (386) spricht allerdings von einer „blassen Formulierung“.

⁵⁵² Ebenso *Katzenmeier*, MedR 2012, 576 (580).

⁵⁵³ BT-Drs. 17/10488, S. 21.

⁵⁵⁴ *Olzen/Metzmacher*, JR 2012, 271 (273) sprechen von einer Spiegelbildlichkeit der Informationsobliegenheiten des Patienten und der Informationspflichten des Arztes.

⁵⁵⁵ *Gerecke*, MedR 2010, 689 (601); *Göben*, Das Mitverschulden des Patienten im Arzthaftungsrecht, S. 49; *Geiß/Greiner*, Arzthaftpflichtrecht, Kap. A Rn. 98 m. w. N.

⁵⁵⁶ *Spickhoff*, VersR 2013, 267 (270).

⁵⁵⁷ *Palandt/Weidenkaff*, BGB, § 630c Rn. 2; *Laufs/Kern* in: *Laufs/Kern*, Handbuch des Arztrechts, § 95 Rn. 13; *Bamberger/Roth/Spindler*, BGB, § 823 Rn. 748.

⁵⁵⁸ *Spickhoff/Greiner*, Medizinrecht (Kommentar), §§ 823, 831, 839 BGB Rn. 367 ff. m. w. N.; umfassend dazu *Göben*, Das Mitverschulden des Patienten im Arzthaftungsrecht, S. 45 ff.

⁵⁵⁹ Mitverschulden des Patienten nur in Ausnahmefällen zu bejahen: BGH, NJW 1997, 1635 (1635); OLG Stuttgart, NJW-RR 2002, 1544 (1544); *Spickhoff*, NJW 2003, 1701 (1706 f.); *Schellenberg*, VersR 2005, 1620 (1621); *Geiß/Greiner*, Arzthaftpflichtrecht, Kap. A Rn. 99 m. w. N.

denkbar und auch nicht selten in der Rechtsprechung bejaht worden.⁵⁶⁰ Zu beachten ist allerdings, dass der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hinsichtlich der Bejahung eines Mitverschuldens des Patienten ausgesprochen zurückhaltend ist. Diese Zurückhaltung ist im Grundsatz angemessen, weil es zum Pflichtenkreis des Arztes gehört, den Patienten vor Schädigungen (auch durch den Patienten selbst) zu bewahren.⁵⁶¹ Dennoch besteht nach einer ordnungsgemäßen Sicherungsaufklärung kein Wissensvorsprung des Arztes mehr, sodass sich der mündige Patient, der die ärztlichen Maßgaben missachtet, im Einzelfall ein Mitverschulden anrechnen lassen muss.

Kritikwürdig ist eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs aus dem Jahre 2003.⁵⁶² Im zu entscheidenden Fall war ein Patient zunächst vom Hausarzt und später nochmals vom ambulant operierenden Arzt ausdrücklich darauf hingewiesen worden, dass er aufgrund der erforderlichen starken Sedierung nach der Behandlung nicht fahrtüchtig ist. Entgegen dieses Hinweises setzte sich der Patient, nachdem mehr als zwei Stunden seit dem Eingriff vergangen waren, ohne vorher entlassen worden zu sein, in seinen Wagen und verunglückte tödlich. Der Bundesgerichtshof warf dem behandelnden Arzt vor, den Patienten nicht hinreichend überwacht und am Wegfahren gehindert zu haben und lehnte ein Mitverschulden des Patienten allein mit dem Hinweis darauf ab, dass die Verhütung des Schadens dem Arzt oblag.⁵⁶³ Schon die über zwei Stunden hinausgehende Überwachungspflicht nach dem ambulanten Eingriff überspannt wohl die Sorgfaltspflichten des Arztes.⁵⁶⁴ Eine Überwachungspflicht besteht nur solange, wie die noch fortwirkende Sedierung den Patienten daran hindert, klare Gedanken zu fassen. Es ist auch bei einer starken Sedierung davon auszugehen, dass der Patient diese Fähigkeit spätestens zwei Stunden nach dem Eingriff wiedererlangt hat. Die Ablehnung des Mitverschuldens des Patienten ohne nähere Begründung kann aber jedenfalls nicht überzeugen. Dem Arzt kann nicht die Verantwortung für sämtliche Gefahren einer Schädigung des Patienten im Anschluss an einen medizinischen Eingriff auferlegt werden. Dies gilt insbesondere dann, wenn ein eigenverantwortlicher

⁵⁶⁰ OLG Koblenz, OLGR Koblenz 2007, 12 (12) – Verschweigen eines Herzfehlers bei der Anamnese; OLG Köln, NJW-RR 1992, 986 (987) – Verschweigen der vorherigen Implantation eines Magenballons; OLG München VersR 1992, 1266 (1266) – Verschweigen eines traumatischen Ereignisses trotz Nachfrage; OLG Köln, VersR 1997, 1102 (1103) – Patient rauchte trotz Therapieanweisung weiter; siehe auch LG Berlin, BeckRS 1991, 07638 – keine hinreichende Zahnreinigung durch den Patienten nach Überkronung.

⁵⁶¹ So auch *Spickhoff*, NJW 2003, 1701 (1707); *Katzenmeier*, MedR 2003, 631 (632).

⁵⁶² BGH, NJW 2003, 2309.

⁵⁶³ BGH, NJW 2003, 2309 (2310 f.); Dass im Fall eine Besonderheit vorlag, weil das gebrauchte Seditativum eine anterograde Amnesie verursachen kann, wird im Entscheidungstext nicht hinreichend deutlich, sodass die Gefahr besteht, dass sich die Rechtsprechung ohne Kontrollüberlegung an dieser Entscheidung orientieren wird, vgl. *Kern*, LMK 2003, 219.

⁵⁶⁴ So auch *Laufs*, NJW 2003, 2288 (2288); vgl. dazu ebenfalls *Katzenmeier*, MedR 2003, 631 (631).

Willensentschluss des ordnungsgemäß therapeutisch aufgeklärten Patienten dazwischen tritt.⁵⁶⁵

Diese Entscheidung bedenkend und die Neuregelung des § 630c Abs. 1 BGB zum Anlass nehmend sollte daher überlegt werden, eine etwas weniger restriktive Anwendung des § 254 BGB im Arzthaftungsrecht zuzulassen, damit selbstschädigendes Verhalten von sicherungsaufgeklärten Patienten nicht dem Arzt unter schlichtem Hinweis auf dessen Pflichtenkreis haftungsrechtlich aufgebürdet wird.⁵⁶⁶ Dies entspräche auch dem Leitbild des mündigen Patienten, wie es das Patientenrechtegesetz verfolgt.⁵⁶⁷

2. Therapeutische Aufklärung (Abs. 2 Satz 1)

a) Abgrenzung zwischen therapeutischer Aufklärung und Selbstbestimmungsaufklärung

Die in § 630c Abs. 2 Satz 1 BGB niedergelegte Pflicht zur therapeutischen Aufklärung (auch Sicherungsaufklärung) fällt unter den vom Gesetzgeber neu eingeführten Oberbegriff der Informationspflichten, zu denen auch die Fehleroffenbarungspflicht und die wirtschaftliche Aufklärungspflicht zählen. Der Begriff der Informationspflichten soll eine klare Abgrenzung zur Selbstbestimmungsaufklärung ermöglichen, die anders als die eben genannten Pflichten eine Voraussetzung für eine wirksame Einwilligung (§ 630d BGB) darstellt.⁵⁶⁸ Diese begriffliche Trennung erscheint auf den ersten Blick sinnvoll, sind doch die Rechtsfolgen, die eine Verletzung der Selbstbestimmungsaufklärung einerseits und die Verletzung der Informationspflichten andererseits nach sich ziehen sehr unterschiedlich.⁵⁶⁹ Da sich aber auch die einzelnen Informationspflichten in ihren Rechtsfolgen jeweils unterscheiden,⁵⁷⁰ kann auf eine Differenzierung zwischen diesen nicht verzichtet werden. Daher stellt die Schaffung des Oberbegriffs „Informationspflichten“ kaum mehr als eine begriffliche Hülle dar.⁵⁷¹

Deutlich problematischer als die Einführung des Oberbegriffs „Informationspflichten“ ist, dass die vom Gesetzgeber gewählte Formulierung in Absatz 2

⁵⁶⁵ Ebenso *Katzenmeier*, MedR 2003, 631 (632); dies bringt bereits die Überschrift des Aufsatzes von *Laufs*, NJW 2003, 2288 sehr gut auf den Punkt: „Der mündige, aber leichtsinnige Patient“.

⁵⁶⁶ So auch *Laufs*, NJW 2003, 2288 (2289); *Katzenmeier*, MedR 2003, 631 (632).

⁵⁶⁷ BT-Drs. 17/10488, S. 1.

⁵⁶⁸ BT-Drs. 17/10488, S. 21.

⁵⁶⁹ Die Einführung dieser Differenzierung daher befürwortend: *Katzenmeier*, NJW 2013, 817 (818); *ders.*, MedR 2012, 576 (580).

⁵⁷⁰ Der Verstoß gegen die Sicherungsaufklärung führt zu einem Behandlungsfehler, der Verstoß gegen die wirtschaftliche Aufklärungspflicht kann dem Honoraranspruch des Arztes entgegeng gehalten werden. Die Rechtsfolgen bei einem Verstoß gegen die Fehleroffenbarungspflicht sind wieder andere. Siehe ausführlich zur Rechtsfolge beim Verstoß gegen § 630c Abs. 2 S. 2 BGB unten Kap. 3 IV. 3. d). *Hart*, GesR 2012, 385 (386) lehnt die Einführung des Oberbegriffs „Informationspflicht“ gänzlich ab.

⁵⁷¹ Zu Recht bemängelt *Wagner*, VersR 2012, 789 (792), dass der Gesetzgeber den Sinn der Einführung des Begriffs der Informationspflicht nicht näher erläutert hat.

Satz 1 nicht nur die therapeutische Aufklärung umschreibt, sondern auch Bestandteile der Selbstbestimmungsaufklärung mitumfasst. Die für „die Behandlung wesentlichen Umstände (...), insbesondere die Diagnose, die voraussichtliche gesundheitliche Entwicklung und die Therapie“ sind im Rahmen der Selbstbestimmungsaufklärung zu erläutern, damit der Patient eine selbstbestimmte Entscheidung über eine Einwilligung in die medizinische Maßnahme treffen kann. Diese fehlende Überschneidungsfreiheit wurde bereits während des Gesetzgebungsverfahrens mehrfach gerügt, aber leider nicht ausgeräumt.⁵⁷² Immerhin lässt die Gesetzesbegründung keinen Zweifel daran, dass in § 630c Abs. 2 Satz 1 BGB lediglich die therapeutische Aufklärung geregelt werden sollte.⁵⁷³ Daher sind gravierende Folgen für das Arzthaftungsrecht durch diese gesetzgeberische Ungenauigkeit nicht zu befürchten.⁵⁷⁴ Die Rechtsprechung und die Lehre werden auf die bisher geltenden Grundsätze zu diesen beiden Rechtsinstituten zurückgreifen.⁵⁷⁵ Dies ändert allerdings nichts daran, dass dem Gesetzgeber der Wortlaut der Vorschrift des § 630c Abs. 2 Satz 1 BGB misslungen ist.

Un erwähnt lässt der Gesetzgeber, dass die Verletzung der therapeutischen Aufklärungspflicht einen Behandlungsfehler darstellt.⁵⁷⁶ Dies wäre wegen der damit einhergehenden Beweislast des Patienten⁵⁷⁷ durchaus regelungswert gewesen. Die Beweisverteilungsregel des § 630h Abs. 2 BGB, die den Nachweis der ordnungsgemäßen Aufklärung dem Arzt auferlegt, ist nicht auf die therapeutische Aufklärung anwendbar. Von dieser Bestimmung sind nach ihrem eindeutigen Wortlaut und den in ihr enthaltenen Verweisen auf die §§ 630d und 630e BGB nur die Selbstbestimmungsaufklärung und die Einwilligung erfasst.

b) Patientenbrief

Teilweise wurde vom Gesetzgeber gefordert, eine Regelung zu schaffen, nach welcher der Arzt dem Patienten die Inhalte der Sicherungsaufklärung in Textform zur Verfügung stellen muss (sog. „Patientenbrief“).⁵⁷⁸ Diesem Verlangen ist der

⁵⁷² *Spickhoff*, ZRP 2012, 65 (67); *Katzenmeier*, MedR 2012, 576 (580); vgl. auch *Wagner*, VersR 2012, 789 (792).

⁵⁷³ BT-Drs. 17/10488, S. 21: „Inhaltlich sind die Informationspflichten [des Abs. 2 Satz 1] mit den insoweit von der Rechtsprechung entwickelten und als 'therapeutische Aufklärung' bzw. als 'Sicherungsaufklärung' bezeichneten Grundsätzen, die damit fortgelten, identisch.“

⁵⁷⁴ Ebenso *Spickhoff*, VersR 2013, 267 (273).

⁵⁷⁵ Zur Abgrenzung der therapeutischen von der Selbstbestimmungsaufklärung siehe etwa: *Katzenmeier* in: *Laufs/Katzenmeier/Lipp*, Arztrecht, Kap. V Rn. 14 und 16; *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 450 ff.

⁵⁷⁶ Dies ebenfalls bedauernd *Wagner*, VersR 2012, 789 (793).

⁵⁷⁷ Siehe *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 451; ein grober Verstoß gegen die Sicherungsaufklärungspflicht führt allerdings zur Beweislastumkehr beim groben Behandlungsfehler, vgl. *Laufs* in: *Laufs/Kern*, Handbuch des Arzthaftungsrecht, § 58 Rn. 2.

⁵⁷⁸ So etwa die Stellungnahme des Bundesrates zum Patientenrechtegesetz, BT-Drs. 17/10488, S. 38. Vgl. zur ähnlichen Regelung für vom Patienten unterschriebene Einwilligungs- und Selbstbestimmungsaufklärungsdokumente, § 630e Abs. 2 Satz 2 BGB.

Gesetzgeber zu Recht nicht nachgekommen. Für einen solchen Patientenbrief spricht zwar, dass es dem Patienten aufgrund der Stresssituation der Behandlung manchmal schwer fällt, sich im Nachhinein an die Informationen des Arztes (etwa an Therapiehinweise und Medikamentendosen) zu erinnern, eine solche Pflicht zum Verfassen eines Patientenbriefs hätte aber eine zusätzliche erhebliche zeitliche Belastung für den Behandelnden bedeutet.⁵⁷⁹ Der Schreibaufwand hätte auch nicht, wie es den Befürwortern des Patientenbriefs vorschwebte, von einer Software übernommen werden können. Denn ein Softwareprogramm, welches die für den Patienten wichtigen Informationen selbstständig aus der Behandlungsdokumentation extrahiert und laienverständlich „übersetzt“,⁵⁸⁰ existiert derzeit nicht. Zudem hätten Fehler im „Übersetzungsvorgang“ möglicherweise verheerende Folgen für die Gesundheit des Patienten gehabt.

Außerdem fordert die ordnungsgemäße Sicherungsaufklärung ein persönliches Gespräch zwischen Arzt und Patient, das wegen der bestehenden Nachfragemöglichkeit regelmäßig deutlich besser zur Informationsvermittlung geeignet ist als die Übergabe eines Schriftstücks.⁵⁸¹ Wäre die Verpflichtung zur Übergabe eines Patientenbriefs in das Gesetz aufgenommen worden, so hätte die Gefahr bestanden, dass dieses mündliche Gespräch durch die schlichte Übergabe verdrängt worden wäre.

3. Fehleroffenbarungspflicht (Abs. 2 Satz 2 und 3)

§ 630c Abs. 2 Satz 2 und 3 BGB trifft eine Regelung zur Offenbarungspflicht⁵⁸² des Arztes hinsichtlich eigener und fremder Behandlungsfehler. Während die Fehleroffenbarungspflicht in der Rechtsprechung nur in geringem Umfang Erwähnung gefunden hat,⁵⁸³ war in der Literatur das Bestehen bzw. der Umfang dieser Pflicht sehr umstritten.⁵⁸⁴

Eine Ansicht bejahte eine umfassende ärztliche Fehleroffenbarungspflicht.⁵⁸⁵ Zur Begründung wurde ein Vergleich zu anderen freien Berufen, insbesondere zu

⁵⁷⁹ So auch *Olzen/Uzunovic*, JR 2012, 447 (448).

⁵⁸⁰ So wohl aber die Stellungnahme des Bundesrates zum Patientenrechtegesetz, BT-Drs. 17/10488, S. 38: „Eine praxisgerechte Umsetzung der Forderung nach einem Patientenbrief ist durch die entsprechende Anpassung zertifizierter Praxisinformationssysteme möglich.“

⁵⁸¹ Ebenso die Gegenäußerung der Bundesregierung zu Stellungnahme des Bundesrates zum Patientenrechtegesetz, BT-Drs. 17/10488, S. 53.

⁵⁸² Teilweise wurde diese Pflicht auch als „Belchrungspflicht“ bezeichnet, so etwa *Francke/Hart*, Ärztliche Verantwortung und Patienteninformation, S. 53 ff.

⁵⁸³ Siehe dazu aber OLG Koblenz, OLGR Koblenz 2004, 513 (514); OLG Hamm, NJW 1985, 685 (685).

⁵⁸⁴ Allgemein dazu mit jeweils zahlreichen weiteren Nachweisen zu den einzelnen vertretenen Ansichten: *Kleuser*, Die Fehleroffenbarungspflicht des Arztes; *Francke/Hart*, Ärztliche Verantwortung und Patienteninformation, S. 53 ff. (insb. 57 ff.); *Fündling/Rathgeber*, ZGMR 2012, 88.

⁵⁸⁵ *Francke/Hart*, Ärztliche Verantwortung und Patienteninformation, S. 53 (59 ff. – zur Offenbarung eigener Fehler; 75 ff. – zur Offenbarung fremder Fehler); *Giesen*, JZ 1990, 1053 (1057); *Kleuser*, Die Fehleroffenbarungspflicht des Arztes, S. 205; *Terbille/Schmidt-Herscheidt*, NJW 2000, 1749 (1756).

Rechtsanwälten, Steuerberatern und Architekten, die ihrerseits einer solchen Pflicht unterlagen, herangezogen. Grund für die Bejahung einer Offenbarungspflicht war bei diesen Berufsgruppen, dass Schadensersatzansprüche, die sich auf Fehler der Berufsangehörigen bei der Leistungserbringung stützten, innerhalb kurzer Zeit und unabhängig von der Kenntnis des Mandanten/Klienten verjährten (vgl. insb. §§ 51b BRAO a. F., 68 StBerG a. F.; 638 BGB a. F.). Durch die Fehleroffenbarungspflicht sollten die Leistungserbringer angehalten werden, ihre Mandanten/Klienten rechtzeitig auf etwaige Ansprüche hinzuweisen. Im Falle der Verletzung der Fehleroffenbarungspflicht entstand ein sog. sekundärer Schadensersatzanspruch gegen die Leistungserbringer, der eine neue Verjährungsfrist in Gang setzte.

Da aber im Arzthaftungsrecht ohnehin eine bis zu 30-jährige Verjährungsfrist galt, bedurfte es einer ärztlichen Fehleroffenbarungspflicht und eines sekundären Schadensersatzanspruchs zumindest unter verjährungsrechtlichen Aspekten nicht.⁵⁸⁶ Mit der Streichung der §§ 51b BRAO a. F., 68 StBerG a. F. und der Unterwerfung der Ansprüche unter die Regelverjährung (§§ 195, 199 BGB) ist für Rechtsanwälte, Steuerberater und Architekten⁵⁸⁷ eine Fehleroffenbarungspflicht nunmehr deutlich schwerer vertretbar,⁵⁸⁸ sodass diesbezüglich eine Gleichstellung des Arztes jedenfalls nicht mehr nötig erscheint. Weiterhin wurde zur Begründung der ärztlichen Fehleroffenbarungspflicht regelmäßig der § 666 BGB (Auskunfts- und Rechenschaftspflicht) herangezogen.⁵⁸⁹ Anders als bei den oben genannten freien Berufen, ist diese Vorschrift aber auf den Arzt nicht über § 675 BGB⁵⁹⁰ anwendbar.⁵⁹¹

⁵⁸⁶ Nach der Verjährungsregel des § 852 Abs. 1 BGB a. F. galt für deliktische Ansprüche eine dreijährige Verjährungsfrist, die subjektive Kenntnis vom Schadensereignis und von der Person des Schädigers voraussetzte (ohne Kenntniserlangung 30 Jahre). Für Ansprüche aus positiver Forderungsverletzung galt eine 30-jährige Verjährungsfrist (§ 195 BGB a. F.), siehe dazu *Kleuser*, Die Fehleroffenbarungspflicht des Arztes, S. 77 f.

⁵⁸⁷ Die Ansprüche gegen Architekten verjähren nach alter, wie neuer Rechtslage kenntnisunabhängig fünf Jahre nach der Abnahme des Werkes (§ 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB n. F. entspricht insoweit § 638 Abs. 1 BGB a. F.). Daher ist bezüglich dieser Berufsgruppe das Bestehen einer Fehleroffenbarungspflicht weiterhin durchaus denkbar.

⁵⁸⁸ Gänzlich ablehnend *H.Prütting* in: FS für Laufs, S. 1009 (1023); *Vavra*, Stellungnahme zum Patientenrechtegesetz im Rechts- und Gesundheitsausschuss vom 22.10.2012, Ausschussdrucksache 17(14)0326(21), S. 2 f.

⁵⁸⁹ Siehe etwa *Taupitz*, Die zivilrechtliche Pflicht zur unaufgeforderten Offenbarung eigenen Fehlverhaltens, S. 40 ff.; *Kleuser*, Die Fehleroffenbarungspflicht des Arztes, S. 90 ff.

⁵⁹⁰ Allgemein dazu, dass der Arzt nach ganz herrschender Meinung keine entgeltliche Geschäftsbesorgung i. S. d. § 675 BGB erbringt, *Palandt/Sprau*, BGB, § 675 Rn. 3; *MünchKomm/Heermann*, BGB, § 675 Rn. 11 m. w. N.; *Lux*, GesR 2004, 6 (10); *Erman/Berger*, BGB, § 675 Rn. 11 (anders noch die Voraufgabe).

⁵⁹¹ Zu weiteren Gründen, die gegen eine umfassende Fehleroffenbarungspflicht des Arztes sprechen, *H.Prütting* in: FS für Laufs, S. 1009 ff.; *Schwarz*, JR 2008, 89 ff.

Die bisher herrschende Meinung ging daher allenfalls in Ausnahmefällen von einer Fehleroffenbarungspflicht des Arztes aus.⁵⁹² Danach sollte der Arzt lediglich dann über seine Fehler oder die Fehler anderer Ärzte Auskunft geben, wenn er ausdrücklich vom Patienten hierzu befragt wurde oder wenn Gesundheitsgefahren für den Patienten drohten.⁵⁹³ Hauptargument für diese nur sehr beschränkte Zulassung der Fehleroffenbarungspflicht war, dass den Arzt gegenüber dem Patienten primär nur eine gesundheitliche nicht aber eine vermögensbezogene Fürsorgepflicht treffe.⁵⁹⁴

Dieser herrschenden Auffassung hat sich der Gesetzgeber mit der Regelung des § 630c Abs. 2 Satz 2 und 3 BGB angeschlossen.⁵⁹⁵ Durch diese Gesetzesbestimmung hat er dem über zwanzig Jahre andauernden Meinungsstreit über das Bestehen einer ärztlichen Fehleroffenbarungspflicht ein Ende bereitet. Bedauerlicherweise fällt die Begründung dieser Vorschrift aber äußerst knapp aus, weshalb etliche Fragen offen bleiben, die Rechtsprechung und Lehre vor neue Probleme stellen.

a) Erkennbare Umstände

Wann für den Behandelnden erkennbare Umstände vorliegen, die die Annahme eines Behandlungsfehlers begründen, wird weder aus dem Gesetzestext noch aus der -begründung deutlich. Der Begriff „erkennbar“ hätte gerade wegen seiner Unbestimmtheit einer Erläuterung bedurft.

Das Zivilrecht legt regelmäßig einen objektiv-typisierenden Sorgfaltsmaßstab an (so etwa im Rahmen der Fahrlässigkeit), dieser Standard sollte auch bei der Erkennbarkeit i. S. d. § 630c Abs. 2 Satz 2 BGB gelten.⁵⁹⁶ Dieser objektiv-typisierende Sorgfaltsmaßstab (Facharztstandard) ist allerdings nicht in jeglicher Hinsicht streng objektiv, sondern lässt die Berücksichtigung von Sonderwissen zu, wie es etwa in der Fahrlässigkeitsdogmatik anerkannt ist.⁵⁹⁷ Übertragen auf die hier in Frage stehende Erkennbarkeit bedeutet dies, dass der Arzt auch dann fehleranzeigende Umstände offenbaren muss, wenn er diese nur aufgrund seines Sonderwissens (etwa als Operateur) erkennen konnte. Dass es sinnvoll und richtig ist, das

⁵⁹² *Gubernatis*, JZ 1982, 363 (364); *Bamberger/Roth/Spindler*, BGB, § 823 Rn. 633; *Spickhoff*, NJW 2001, 1757 (1762); *Schlund* in: *Laufs/Kern*, Handbuch des Arztrechts, § 21 Rn. 9; *Schwarz*, JR 2008, 89 (93); *H.Pritting* in: FS für Laufs, S. 1009 (1023); *Fündling/Rathgeber*, ZGMR 2012, 88 (94); aus der Rechtsprechung: OLG Koblenz, OLGR Koblenz 2004, 513 (514); OLG Hamm, NJW 1985, 685 (685).

⁵⁹³ Siehe *Kern/Richter* in: *Die Verbesserung des Menschen*, S. 129 (138); *H.Pritting* in: FS für Laufs, S. 1009 (1023).

⁵⁹⁴ *Taupitz*, Die zivilrechtliche Pflicht zur unaufgeforderten Offenbarung eigenen Fehlverhaltens, S. 66 ff.; *Gubernatis*, JZ 1982, 363 (364); *Spickhoff*, NJW 2001, 1757 (1762).

⁵⁹⁵ Der Bundesrat präferierte hingegen (zunächst) eine umfassende Fehleroffenbarungspflicht, siehe Stellungnahme des Bundesrates zum Patientenrechtegesetz, BT-Drs. 17/10488, S. 38 f.

⁵⁹⁶ *Spickhoff*, VersR 2013, 267 (273); zum individuellen Sorgfaltsmaßstab bei der strafrechtlichen Fahrlässigkeit, vgl. *Bamberger/Roth/Unberath*, BGB, § 276 Rn. 20.

⁵⁹⁷ BGH NJW 1987, 1479, (1480); *MünchKomm/Wagner*, BGB, § 823 Rn. 37 m. w. N.

Sonderwissen des Behandelnden im Rahmen der Erkennbarkeit des § 630c Abs. 2 Satz 2 BGB zu berücksichtigen, zeigen die folgenden Erwägungen: Gerade bei Fehlern, die nur schwer oder gar nicht für Dritte (Sachverständige) erkennbar sind, ist der Patient auf eine Information durch den behandelnden Arzt angewiesen.⁵⁹⁸ Fehler hingegen, die ohne Sonderwissen des Behandelnden erkennbar sind, können ohnehin relativ leicht von medizinischen Gutachtern nachgewiesen werden. Eine Fehleroffenbarung seitens des Arztes ist für den Patienten daher weniger elementar. Dies macht deutlich, dass die Fehleroffenbarung im Bereich des Sonderwissens des Behandelnden von besonderer Bedeutung ist, auch wenn der Arzt selbstverständlich auch über die allgemein erkennbaren Fehler informieren muss. Für eine Berücksichtigung des Sonderwissens des Behandelnden spricht zudem die in Kraft getretene Fassung des § 630c Abs. 2 Satz 2 BGB.⁵⁹⁹ Diese verweist ausdrücklich auf „für den Behandelnden“ erkennbare Umstände. Daher ist die Erkennbarkeit i. S. d. § 630c Abs. 2 Satz 2 BGB objektiv-typisierend unter Berücksichtigung des jeweiligen Sonderwissens des Behandelnden zu bestimmen.⁶⁰⁰

b) Bewertung des Behandlungsgeschehens als „fehlerhaft“

Weiterhin problematisch ist, ob der Behandelnde nur über die tatsächlichen Umstände der Behandlung informieren muss, oder ob er daneben auch eine Bewertung des Behandlungsgeschehens als „fehlerhaft“ bzw. „sorgfaltswidrig“ abzugeben hat.

aa) Argumente für eine Bewertungspflicht

Für das Bestehen einer solchen ärztlichen Bewertungspflicht streitet zum einen die Tatsache, dass der behandelnde Arzt sowohl dem Patienten als auch allen sachverständigen Gutachtern gegenüber einen nicht unerheblichen Informationsvorsprung hat.⁶⁰¹ Das Wissensgefälle zwischen Arzt und Patienten, das auch an anderer Stelle im Medizinrecht zur Begründung ärztlicher Pflichten herangezogen wird,⁶⁰² würde durch eine Pflicht zur Bewertung des Behandlungsgeschehens ausgeglichen.

Zum anderen spricht für eine ärztliche Bewertungspflicht, dass – soweit Gesundheitsgefahren für den Patienten bestehen (vgl. § 630c Abs. 2 Satz 2 [2. Alt.] BGB) – die schlichte Mitteilung der medizinischen Tatsachen des Behandlungsge-

⁵⁹⁸ Hierzu und zum Folgenden *Wagner*, VersR 2012, 789 (796).

⁵⁹⁹ Zum noch etwas anders formulierten Referentenentwurf, *Wagner*, VersR 2012, 789 (796).

⁶⁰⁰ Ebenso *Wagner*, VersR 2012, 789 (796).

⁶⁰¹ *Terbille/Schmidt-Herscheidt*, NJW 2000, 1749 (1752); *Kleuser*, Die Fehleroffenbarungspflicht des Arztes, S. 69; *Fündling/Rathgeber*, ZGMR 2012, 88 (91).

⁶⁰² Vgl. etwa zum Wissensvorsprung als Begründung für die ärztliche Pflicht zur therapeutischen Aufklärung: ausdrücklich *Hausch*, VersR 2007, 167 (173 f.); siehe auch *Schellenberg*, VersR 2005, 1620 (1621).

schehens bereits Teil der therapeutischen Aufklärung i. S. d. § 630c Abs. 2 Satz 1 BGB ist.⁶⁰³ Denn die therapeutische Aufklärung ist darauf ausgelegt, den Patienten vor vermeidbaren (weiteren) Schäden zu bewahren.⁶⁰⁴ Hierzu muss der Arzt neben dem Hinweis auf eine erforderliche Nachbehandlung auch über die medizinischen Umstände informieren.⁶⁰⁵ Dies hat zur Folge, dass sich die Sicherungsaufklärungspflicht und die Fehleroffenbarungspflicht teilweise decken,⁶⁰⁶ wenn sie sich beide lediglich auf die reine Tatsachenmitteilung beschränken.

Aus dieser zu befürchtenden teilweisen Deckungsgleichheit, kann aber nicht zwingend darauf geschlossen werden, dass die Fehleroffenbarung eine Bewertung als „fehlerhaft“ umfassen muss. Denn der Gesetzgeber hat die einzelnen Informations- bzw. Aufklärungspflichten, wie bereits dargelegt,⁶⁰⁷ nicht immer trennscharf geregelt. Außerdem scheint der Gesetzgeber von einer inhaltlichen Nähe der therapeutischen Aufklärungspflicht und der Fehleroffenbarungspflicht auszugehen. Dies zeigt sich daran, dass die beiden Pflichten systematisch einheitlich innerhalb eines Absatzes geregelt wurden.⁶⁰⁸

bb) Argumente gegen eine Bewertungspflicht

Als Argument gegen die Verpflichtung des Arztes, dass Behandlungsgeschehen als „fehlerhaft“ zu bewerten, spricht allerdings, dass § 630c Abs. 2 Satz 2 BGB eine Ausnahme vom Grundsatz darstellt, dass jeder Person die eigenverantwortliche Verfolgung ihrer Interessen obliegt.⁶⁰⁹ Als Ausnahme ist § 630c Abs. 2 Satz 2 BGB eng auszulegen, was eher für einen geringen Umfang der Offenbarungspflicht und damit gegen eine Pflicht zur Bewertung des Behandlungsgeschehens spricht. Ebenfalls gegen eine Bewertungspflicht streitet die Tatsache, dass der Arzt durch die Fehleroffenbarung eine strafrechtliche Verfolgung und eine Rufschädigung befürchten muss. Der Eintritt dieser Nachteile wird durch den Hinweis auf die Fehlerhaftigkeit des eigenen Tuns gegenüber der schlichten Tatsachenoffenba-

⁶⁰³ *Taupitz*, NJW 1992, 713 (715); vgl. *Laufs* in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 58 Rn. 1.

⁶⁰⁴ *Fischer*, JR 1981, 501 (502); siehe auch *Katzenmeier* in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, Kap. V Rn. 16 ff.

⁶⁰⁵ Ausführlicher zur Tatsachenmitteilung als Teil der therapeutischen Aufklärung: *Taupitz*, NJW 1992, 713 (715); *ders.*, Die zivilrechtliche Pflicht zur unaufgeforderten Offenbarung eigenen Fehlverhaltens, S. 58; siehe auch *Klenser*, Die Fehleroffenbarungspflicht des Arztes, S. 122 f.

⁶⁰⁶ Vollständige Deckungsgleichheit zwischen Sicherungsaufklärungs- und Fehleroffenbarungspflicht besteht allerdings in keinem Falle. Denn während erstere Pflicht nur bei Gesundheitsgefahren besteht, wird zweite auch durch eine Nachfrage des Patienten und damit unabhängig von Gesundheitsgefahren ausgelöst, vgl. § 630c Abs. 2 Satz 2 (1. Alt.) BGB.

⁶⁰⁷ Siehe zur nicht gelungenen Abgrenzung der Sicherungs- von der Selbstbestimmungsaufklärung bereits oben Kap. 3 IV. 2. a).

⁶⁰⁸ Auch die Tatsache, dass die Fehleroffenbarungspflicht vielfach als Teil der Sicherungsaufklärung aufgefasst wurde (vgl. *Taupitz*, NJW 1992, 713 [715]; *Fündling/Rathgeber*, ZGMR 2012, 88 [90]), deutet auf diese inhaltliche Nähe zwischen den besagten Pflichten hin.

⁶⁰⁹ *Taupitz*, NJW 1992, 713 (718); näher *ders.*, Die zivilrechtliche Pflicht zur unaufgeforderten Offenbarung eigenen Fehlverhaltens, S. 28 ff.

rung zumindest wahrscheinlicher. Dass dem Arzt ein Beweisverwertungsverbot zur Seite steht, kann nicht als hinreichendes Gegengewicht für die Bewertungspflicht dienen, weil es eine strafrechtliche Verfolgung keinesfalls ausschließt.⁶¹⁰

Weiterhin handelt es sich bei dem Begriff des Behandlungsfehlers um einen Rechtsbegriff.⁶¹¹ Es kann daher von keinem Arzt verlangt werden, dass er sein Verhalten unter den Behandlungsfehlerbegriff subsumieren kann. Wie schwierig die juristische Bewertung des Geschehens selbst für spezialisierte Spruchkörper sein kann, zeigen die mitunter langwierigen, zivilrechtlichen Behandlungsfehlerprozesse.

Ein weiterer Gesichtspunkt, der gegen eine ärztliche Bewertungspflicht spricht, ist, dass den Arzt primär nur eine Pflicht zur gesundheitlichen, nicht aber zur vermögensbezogenen Fürsorge trifft.⁶¹² Zur Abwendung gesundheitlicher Gefahren genügt eine Offenbarung der medizinischen Tatsachen mit dem Hinweis auf eine erforderliche Nachbehandlung. Ob Ursache für die Gesundheitsgefahr ein ärztlicher Fehler oder eine unvermeidbare Behandlungskomplikation ist, spielt unter dem Blickpunkt der gesundheitlichen Fürsorge keine Rolle. Dieser Argumentation kann nicht damit entscheidend entgegengetreten werden, dass auch das Arzthaftungsrecht eine Vermögenssorge in Form der wirtschaftlichen Aufklärungspflicht (§ 630c Abs. 3 BGB) kennt.⁶¹³ Denn die wirtschaftliche Aufklärung statuiert, gerade im Vergleich zum Pflichtenkanon der Rechtsanwälte und Steuerberater, allenfalls eine sehr begrenzte Vermögensbetreuungspflicht.⁶¹⁴ Außerdem ist die vermögensbezogene wirtschaftliche Aufklärung eine untypische ärztliche Aufgabe. Der eigentliche Zweck der ärztlichen Behandlung ist eindeutig die Heilung bzw. Gesunderhaltung des Patienten.

Auch der Wortlaut des § 630c Abs. 2 Satz 2 BGB spricht gegen eine Bewertungspflicht. Zwar könnte der Begriff „Behandlungsfehler“ in § 630c Abs. 2 Satz 2 BGB noch auf eine Pflicht zur Bewertung des Behandlungsgeschehens als „fehlerhaft“ hindeuten, ein genauerer Blick in den Wortlaut der Norm und deren Entwicklung im Gesetzgebungsverfahren zeigt aber, dass der Normgeber den Ärzten gerade keine Pflicht zur Bewertung des Behandlungsgeschehens auferlegen wollte. Während es nämlich im Referentenentwurf noch hieß, dass „über erkennbare Behandlungsfehler zu informieren“ ist,⁶¹⁵ muss nach dem Wortlaut der Gesetzesfassung nur über „Umstände (...)“, die die Annahme eines Behandlungsfehlers begründen“ informiert werden. Durch diese Umformulierung hat der Gesetz-

⁶¹⁰ Siehe zur Schwäche des Beweisverwertungsverbots des § 630c Abs. 2 Satz 3 BGB unten Kap. 3 IV. 3. c) bb).

⁶¹¹ *Middendorf*, ZGMR 2012, 324 (325); vgl. auch Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Gesundheit zum Patientenrechtegesetz v. 28.11.2012, BT-Drs. 17/11710, S. 28.

⁶¹² Vgl. *H.Prüiting* in: FS für Laufs, S. 1009 (1023); *Schelling/Warntjen*, MedR 2012, 506 (509).

⁶¹³ *Francke/Hart*, Ärztliche Verantwortung und Patienteninformation, S. 71 ff.

⁶¹⁴ So ausdrücklich *Taupitz*, NJW 1992, 713 (716); vgl. dazu auch BGH, NJW 1983, 2630 (2631); *Terbille/Schmidt-Herscheidt*, NJW 2000, 1749 (1752) m. w. N.

⁶¹⁵ Referentenentwurf zum Patientenrechtegesetz, S. 5.

geber die Umstände der Behandlung und nicht mehr den Behandlungsfehler in den Mittelpunkt der Offenbarungspflicht gestellt. Kurz vor der Verabschiedung des Gesetzes im Bundestag hat der Gesetzgeber durch eine weitere Umformulierung nochmals klargestellt, dass nur die medizinischen Tatsachen offenzulegen sind. Im zweiten Teil des Hauptsatzes des § 630c Abs. 2 Satz 2 BGB wurde das Wort „darüber“ durch „über diese“ ersetzt. Die Formulierung „über diese“ stellt klar, dass Bezugspunkt nur die „Umstände“ sind. Diese Klarheit konnte die Formulierung „darüber“ noch nicht schaffen.⁶¹⁶

cc) Zwischenergebnis

Daher umfasst die Fehleroffenbarungspflicht nicht die Bewertung des Behandlungsgeschehens als „fehlerhaft“, sondern nur die reine Tatsachenmitteilung.⁶¹⁷ Dies gilt auch, soweit es sich um Fehler anderer Ärzte handelt. Zwar liegt in diesem Fall keine Konstellation der Selbstbezeichnung mit den damit einhergehenden Nachteilen für den Arzt vor, es ist aber nicht ersichtlich, weshalb der Arzt zu Gunsten von Vermögensinteressen des Patienten zur Bewertung verpflichtet sein sollte. Eine große Entlastung für die Ärzte ist in der Begrenzung der Fehleroffenbarungspflicht auf die reine Tatsachenmitteilung allerdings nicht zu erblicken. Denn oft ergibt sich für den Patienten schon aus der geschuldeten Tatsachenmitteilung, dass im konkreten Behandlungsgeschehen ein Fehler passiert ist bzw. wenigstens nahe liegt.

c) Umfang des Beweisverwertungsverbotes in § 630c Abs. 2 Satz 3 BGB

Ebenfalls nicht unproblematisch ist der Umfang des Beweisverwertungsverbots in § 630c Abs. 2 Satz 3 BGB. Nach dieser Regelung dürfen Informationen, die vom Arzt im Rahmen der Fehleroffenbarung an den Patienten weitergegeben wurden, nicht ohne Zustimmung des Arztes in einem Straf- oder Ordnungswidrigkeitsverfahren verwendet werden. Diese Bestimmung stellt die Wahrung des strafprozessualen Grundsatzes „nemo tenetur se ipsum accusare“ sicher.⁶¹⁸ Für den zivilrechtlichen Arzthaftungsprozess bleiben die offenbarten Informationen jedoch verwertbar. Andernfalls könnte sich der Arzt möglicherweise durch umfangreiche Auskünfte über den Behandlungsfehler von seiner Haftung befreien.

Jedenfalls etwas überraschend ist die Verortung des Beweisverwertungsverbots im Bürgerlichen Gesetzbuch.⁶¹⁹ Die gesetzgeberische Verfahrensweise Beweisverwertungsverbote außerhalb der Strafprozessordnung zu regeln, ist allerdings

⁶¹⁶ Siehe dazu ausdrücklich Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Gesundheit zum Patientenrechtegesetz v. 28.11.2012, BT-Drs. 17/11710, S. 28.

⁶¹⁷ Ebenso Palandt/*Weidenkaff*, BGB, § 630c Rn. 7; *Schelling/Warnjten*, MedR 2012, 506 (511); *Middendorf*, ZGMR 2012, 324 (325); *Montgomery/Brauer/Hübner/Seeböhm*, MedR 2013, 149 (151).

⁶¹⁸ BT-Drs. 17/10488, S. 22.

⁶¹⁹ So auch *Spickhoff*, ZRP 2012, 65 (67): „systematisch erstaunlich“; *Katzenmeier*, MedR 2012, 576 (580).

nicht neu, wie etwa Beispiele aus dem Marken- und Urheberrecht (vgl. §§ 19 Abs. 8 MarkenG, 101 Abs. 8 UrhG) zeigen. Die Sinnhaftigkeit einer verstreuten Regelung von Beweisverwertungsverböten erscheint fraglich. Dies kann aber hier nicht weiter thematisiert werden, zumal das Patientenrechtegesetz selbstverständlich nicht der richtige Ort gewesen wäre, allgemeine Umstrukturierungen im Strafverfahrensrecht vorzunehmen.

aa) Erstreckung des Beweisverwertungsverbots auf Angehörige des Behandelnden

Im Laufe des Gesetzgebungsprozesses wurde das Beweisverwertungsverbot auf Angehörige i. S. d. § 52 Abs. 1 StPO erstreckt. Diese Erweiterung des Beweisverwertungsverbots war sinnvoll, ihr Wortlaut ist jedoch unglücklich. Der Gesetzestext liest sich, als sei für die Verwertung der Informationen, die der Angehörige offenbart hat, nicht die Zustimmung des mitteilenden Angehörigen, sondern die des Behandlers erforderlich. Wie sich aus den Gesetzesmaterialien ergibt, soll aber immer derjenige zustimmungspflichtig sein, der die Informationen offenbart hat.⁶²⁰ Das bedeutet, dass der fehlermitteilende Angehörige und nicht der Behandler der Verwertung der Informationen im Straf- bzw. Bußgeldverfahren zustimmen muss. Daher hätte es bei § 630c Abs. 2 Satz 3 a. E. BGB besser heißen: „(...) nur mit Zustimmung des nach Satz 2 Informationspflichtigen verwendet werden“.

Trotz dieser Ungenauigkeiten des Wortlauts ist die Regelung zu begrüßen. Es gibt in Deutschland eine Vielzahl von Gemeinschaftspraxen, die von Personen betrieben werden, die im Angehörigenverhältnis i. S. d. § 52 Abs. 1 StPO zueinander stehen. Dabei kann es passieren, dass ein nachbehandelnder Angehöriger Umstände erkennt, die auf einen Behandlungsfehler des vorbehandelnden Angehörigen hindeuten. Da der nachbehandelnde Arzt nach Satz 2 zur Fehleroffenbarung verpflichtet ist, ist die in Satz 3 getroffene Regelung zum Schutze des Angehörigenverhältnisses notwendig.

bb) Fernwirkung des Beweisverwertungsverbots

Bei der Ermittlung der Reichweite des Beweisverwertungsverbots des § 630c Abs. 2 Satz 3 BGB stellt sich weiterhin die Frage, ob Erkenntnisse im Strafprozess verwertet werden dürfen, die die Strafverfolgungsbehörden aufgrund der Fehleroffenbarung im weiteren Untersuchungsverlauf, etwa durch Beschlagnahme der Behandlungsdokumentation, erlangen (sog. Fernwirkung von Beweisverwertungs-

⁶²⁰ So die eindeutige Formulierung in den Gesetzesmaterialien, wonach die Verwertung „von der Zustimmung des nach Satz 2 Informationspflichtigen abhängen“ soll, siehe Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Gesundheit zum Patientenrechtegesetz v. 28.11.2012, BT-Drs. 17/11710, S. 28; siehe ebenfalls die dort in Bezug genommenen Ausführungen des Bundesrates, Stellungnahme des Bundesrates zum Patientenrechtegesetz, BT-Drs. 17/10488, S. 39.

verboten⁶²¹). Für ein umfassendes Beweisverwertungsverbot könnte die weite Formulierung der Regelung sprechen. Danach dürfen die Informationen „zu Beweis Zwecken (...) nur mit seiner [des Arztes] Zustimmung verwendet werden“.⁶²² Gegen einen derartig weiten Umfang des Beweisverwertungsverbots spricht aber, dass der Strafprozess durch die ärztliche Offenbarung gänzlich blockiert würde.⁶²³ Außerdem soll das Beweisverwertungsverbot laut der Gesetzesbegründung⁶²⁴ den Arzt nur vor „unmittelbaren strafrechtlichen oder ordnungswidrigkeitsrechtlichen Nachteile[n]“ schützen. Bei den im weiteren Untersuchungsverlauf gesammelten Erkenntnissen handelt es sich aber nicht um unmittelbare, sondern nur um mittelbare Nachteile der ärztlichen Offenbarung.

Daher ist eine Fernwirkung des Beweisverwertungsverbots abzulehnen.⁶²⁵ Dies führt dazu, dass das Beweisverwertungsverbot nur einen geringen Schutz des Arztes vor strafrechtlicher Verfolgung bietet. Denn nachdem die im Rahmen des Behandlungsverlaufs gemachten Fehler bekannt sind, werden sich diese anhand der Behandlungsdokumentation und anhand von Sachverständigengutachten regelmäßig ohne weiteres nachweisen lassen.⁶²⁶

d) Rechtsfolgen des Verstoßes gegen die Offenbarungspflicht

Soweit der Fehleroffenbarungspflichtige und der Behandler dieselbe Person sind, hat der Verstoß gegen die Fehleroffenbarungspflicht neben der ohnehin bestehenden Haftung aufgrund des Behandlungsfehlers keine eigenständige Bedeutung.⁶²⁷ Zwar verletzt der Arzt durch die Nichtoffenbarung eine Pflicht aus dem Behandlungsvertrag, die einen vertraglichen Schadensersatzanspruch gem. § 280 Abs. 1 BGB begründet,⁶²⁸ dies hat aber nicht mehr als eine „sinnlose Verdopplung der Haftung“⁶²⁹ zur Folge. Der Schadensersatzanspruch hat keine verjährungs-

⁶²¹ Nach h. M. haben Beweisverwertungsverbote grundsätzlich keine Fernwirkung: BGH, NJW 1987, 2525 (2526); OLG Stuttgart, NJW 1973, 1941 (1942); Meyer-Goßner/Schmitt/Meyer-Goßner, StPO, § 136a Rn. 31 m. w. N.

⁶²² So *Schelling/Warntjen*, MedR 2012, 506 (509), die im Ergebnis aber eine Fernwirkung ablehnen.

⁶²³ Siehe zu dieser Problematik allgemein BGH, NJW 1987, 2525 (2526); NJW 1984, 2772 (2773).

⁶²⁴ BT-Drs. 17/10488, S. 22.

⁶²⁵ Siehe dazu auch *Wagner*, VersR 2012, 789 (796 f.). Zu beachten ist allerdings, dass bei § 97 Abs. 1 S. 3 InsO eine Fernwirkung des Beweisverwertungsverbots bei gleicher Formulierung bejaht wird (vgl. *Uhlenbruck/Uhlenbruck*, InsO, § 97 Rn. 10 m.w.N.). Dies ist nicht nur aufgrund der Möglichkeit der weitgehenden Blockade eines Strafverfahrens durch ein Geständnis unbillig, sondern wird bei § 97 InsO mit einer Textstelle in den Gesetzesmaterialien begründet, wonach die Auskunft „nicht als Ansatzpunkt für weitere Ermittlungen dienen darf“ (vgl. dazu *Uhlenbruck/Uhlenbruck*, InsO, § 97 Rn. 10). Eine vergleichbare Aussage in den Gesetzesmaterialien zum Patientenrechtegesetz ist nicht vorhanden.

⁶²⁶ Ebenso *Schelling/Warntjen*, MedR 2012, 506 (509); *Wagner*, VersR 2012, 789 (797).

⁶²⁷ So auch *Jauernig/Mansel*, BGB, § 630c Rn. 7; zumindest ähnlich *Palandt/Weidenkaff*, BGB, § 630c Rn. 7.

⁶²⁸ Siehe *Wagner*, VersR 2012, 789 (795).

⁶²⁹ *Wagner*, VersR 2012, 789 (795).

rechtliche Bedeutung, weil der Anspruch wegen des Behandlungsfehlers ohnehin erst drei Jahre nach Kenntniserlangung⁶³⁰ (§§ 195, 199 Abs. 1 BGB) bzw. kenntnisunabhängig nach 30 Jahren (§ 199 Abs. 2 BGB) verjährt.⁶³¹ Und auch ansonsten geht der Schadensersatzanspruch aufgrund des Verstoßes gegen die Fehleroffenbarungspflicht nicht über denjenigen aufgrund des Behandlungsfehlers hinaus. Es ist keine Konstellation ersichtlich, in der ein Schadensersatzanspruch wegen Verletzung der Offenbarungspflicht (§§ 280 Abs. 1 i. V. m. § 630c Abs. 2 Satz 2 BGB) zur Haftung führt, gleichzeitig aber ein Anspruch wegen eines Behandlungsfehlers nicht erfolgreich wäre.

Denkbar wäre zwar die Konstellation,⁶³² dass bei einem „einfachen“ Behandlungsfehler dem Patienten der Kausalitätsnachweis nicht gelingt, weshalb ein Anspruch wegen des Behandlungsfehlers zumindest nicht durchsetzbar ist, aber auch in dieser Situation führt ein Rückgriff auf den Schadensersatzanspruch aus § 280 Abs. 1 i. V. m. § 630c Abs. 2 Satz 2 BGB nicht weiter. Denn durch die Verletzung der Fehleroffenbarungspflicht ist dem Patienten kein Schaden entstanden. Auch bei ordnungsgemäßigem Hinweis auf den Behandlungsfehler hätte der Patient (aufgrund der Nichtnachweisbarkeit der Ursächlichkeit des Behandlungsfehlers für den eingetretenen Schaden) keinen Schadensersatz erlangen können. Die vom Arzt geschuldete Information beinhaltet keine Ausführungen zur Kausalität zwischen Behandlungsfehler und Gesundheitsschaden. Ein Schaden im Rahmen des Anspruchs wegen Verletzung der Fehleroffenbarungspflicht käme allenfalls dann in Betracht, wenn bei früherer Verfolgung des Behandlungsfehleranspruchs die Beweislage hinsichtlich der Kausalität für den Patienten besser gewesen wäre. Ein Nachweis dessen dürfte allerdings nahezu unmöglich sein.

Bei einem Verstoß eines Zweitbehandelnden gegen die Offenbarungspflicht über Fehler eines Erstbehandlers ergibt sich aus § 280 Abs. 1 i. V. m. § 630c Abs. 2 Satz 2 BGB ebenfalls kaum ein relevanter, eigenständiger Haftungsanspruch.⁶³³ Ist der Patient bereits durch den Erstbehandelnden geschädigt, so fehlt es beim Haftungsanspruch gegen den Zweitbehandler am nötigen Ursachenzusammenhang zwischen Pflichtverletzung und eingetretenem Schaden. Denn durch die Nichtoffenbarung wird die Durchsetzbarkeit des Anspruchs gegen den Erstbehandelnden nicht beeinträchtigt.⁶³⁴ Eine Kausalität zwischen Schaden und Pflichtverletzung ist nur dann gegeben, wenn sich durch die unterlassene Fehleroffenbarung der Schaden des Patienten vergrößert hat. Da der Patient bezüglich dieses

⁶³⁰ Mit der Kenntniserlangung gleichgestellt ist das grob fahrlässige Nichterkennen der anspruchsbegründenden Umstände bzw. des Anspruchsgegners.

⁶³¹ Ebenso *Rehborn*, MDR 2013, 497 (499); *Katzenmeier*, NJW 2013, 817 (819).

⁶³² Siehe zu diesem Beispiel *Wagner*, VersR 2012, 789 (795 [Fn. 71]).

⁶³³ Siehe hierzu und zum Folgenden *Spickhoff*, VersR 2013, 267 (273 f.).

⁶³⁴ So auch *Wagner*, VersR 2012, 789 (798). Eine Ausnahme ist allerdings dann gegeben, wenn der behandelnde Arzt in der Zeit zwischen der Nichtoffenbarung durch den Nachbehandler und der Kenntniserlangung des Patienten vom Behandlungsfehler insolvent wird und der Schaden nicht von einer Haftpflichtversicherung abgedeckt ist.

Umstands aber beweisbelastet ist, wird eine Haftung des Zweitbehandlers auch in dieser Konstellation die Ausnahme bleiben.

e) Zusammenfassung und Bewertung der Fehleroffenbarungspflicht

Die vom Gesetzgeber geschaffene Regelung zur Fehleroffenbarungspflicht beinhaltet eine Vielzahl von Problemen. Auf Tatbestandsebene betreffen diese insbesondere die „Erkennbarkeit“ von Umständen und die Frage der Bewertung des Behandlungsgeschehens als „fehlerhaft“. Daneben erscheint auch nicht unproblematisch, dass dem Patienten nunmehr zu raten ist, stets beim Arzt nachzufragen, ob Umstände dafür erkennbar sind, dass dieser oder ein Vorbehandler einen Fehler begangen hat.⁶³⁵ Dies wird teilweise als Förderung einer „Misstrauenskultur“⁶³⁶ bzw. eines „Denunziantentums“⁶³⁷ angesehen. Da sich Patienten aber regelmäßig ohne Anhaltspunkte für einen Behandlungsfehler vor einer diesbezüglichen Nachfrage scheuen werden, wird die Fehleroffenbarungspflicht auch in Zukunft keine allzu große Bedeutung erlangen.

Weiterhin stellt sich die Frage, warum der Gesetzgeber die Offenbarungspflicht auf Behandlungsfehler beschränkt und nicht auch auf Aufklärungsfehler erstreckt hat.⁶³⁸ Dies lässt der Gesetzgeber, wie so vieles in diesem Bereich ungeklärt. Eine mögliche Begründung hierfür ist, dass für Mediziner Behandlungsfehler bzw. diesbezüglich relevante Umstände leichter erkennbar sind als Fehler im Rahmen der Aufklärung. Dies gilt umso mehr, als der Umfang der Aufklärungspflichten teilweise auch für Juristen schwer zu bestimmen ist.⁶³⁹

Neben den Schwierigkeiten auf der Tatbestandsseite ist auch die Rechtsfolge der Fehleroffenbarungspflicht problematisch. Hier fehlt es an Anreizen für eine Offenbarung des Behandlungsfehlers durch den Arzt.⁶⁴⁰ Einerseits hat er, wie gezeigt, nahezu keine haftungsrechtlichen Konsequenzen beim Verstoß gegen diese Pflicht zu befürchten, andererseits bringt ihm die Offenbarung auch keine Vorteile. So führt eine Fehleroffenbarung nur zu einem relativ beschränkten Beweisverwertungsverbot, hat aber nicht zur Folge, dass der Arzt gänzlich vor einer strafrechtlichen Verfolgung bezüglich eines möglichen Fahrlässigkeitsdelikts ge-

⁶³⁵ Ebenso *Middendorf*, ZGMR 2012, 324 (325).

⁶³⁶ So *Katzenmeier*, MedR 2012, 576 (580) verweisend auf eine Stellungnahme der Ärztekammer und der Kassenärztlichen Bundesvereinigung zum Patientenrechtegesetz; vgl. auch *Olzen/Uzunovic*, JR 2012, 447 (448); ebenso für das Verhältnis von Arztkollegen zueinander *Schelling/Warntjen*, MedR 2012, 506 (511).

⁶³⁷ *Spickhoff*, VersR 2013, 267 (273); vgl. dazu auch *Thole*, MedR 2013, 145 (146).

⁶³⁸ So *Spickhoff*, ZRP 2012, 65 (67); *ders.*, VersR 2013, 267 (273).

⁶³⁹ Zur fast „unüberschaubaren Kasuistik“ in diesem Bereich, siehe *Katzenmeier* in: *Laufs/Katzenmeier/Lipp*, *Arztrecht*, Kap. V Rn. 66 ff.

⁶⁴⁰ Ausführlich zu Anreizen, insbesondere auch zu Anreizen zur Offenbarung fremder Behandlungsfehler, *Wagner*, VersR 2012, 789 (796 ff.).

schützt wird.⁶⁴¹ Aus diesen Gründen stellt die Regelung kaum mehr als einen Appell⁶⁴² an die Mediziner zum offeneren Umgang mit Behandlungsfehlern dar.⁶⁴³

4. Wirtschaftliche Aufklärung (Abs. 3)

In § 630c Abs. 3 BGB hat der Gesetzgeber die höchstrichterlich und berufsrechtlich anerkannte Pflicht zur wirtschaftlichen Aufklärung niedergelegt.⁶⁴⁴ Danach muss der Arzt den Patienten über die voraussichtlichen Behandlungskosten in Textform informieren, wenn er weiß oder hinreichende Anhaltspunkte dafür hat, dass die Übernahme der Kosten durch Dritte (insb. gesetzliche und private Krankenversicherungen) nicht gesichert ist. Die wirtschaftliche Aufklärungspflicht wird damit begründet, dass der Arzt gegenüber dem Patienten häufig einen Wissensvorsprung hinsichtlich des Leistungsumfangs der kostentragenden Dritten hat.⁶⁴⁵

a) Unterschiedlicher Umfang der wirtschaftlichen Aufklärung bei privat und gesetzlich Versicherten

Die Kenntnisse des Arztes bezüglich der Erstattungspraxis der gesetzlichen Krankenversicherungen einerseits und der privaten Krankenversicherungen andererseits sind unterschiedlich ausgeprägt. Dies hat eine Differenzierung bei der wirtschaftlichen Aufklärung zwischen gesetzlich und privat Krankenversicherten zur Folge.⁶⁴⁶ Die Leistungskataloge der gesetzlichen Krankenversicherungen kennt der Arzt in der Regel relativ gut, weil er sich mit der Erstattungsfähigkeit seiner medizinischen Behandlungen beschäftigen muss, wenn er mit der Kassenärztlichen Vereinigung abrechnet.⁶⁴⁷ Anders ist dies bei den privaten Krankenversicherungen. Deren Leistungsumfänge sind dem Arzt weniger gut bekannt, zumal sich diese von einem privaten Krankenversicherer zum anderen erheblich unterscheiden können.⁶⁴⁸ Das hat zur Folge, dass der Arzt bei gesetzlich versicherten Patien-

⁶⁴¹ Diesen umfassenden strafrechtlichen Schutz erwägend: *Wagner*, VersR 2012, 789 (797) „strafrechtliche Immunität für Fahrlässigkeitsdelikte“.

⁶⁴² Siehe dazu, bezogen auf die alte Rechtslage *Taupitz*, NJW 1992, 713 (713 und 719): Fehleroffenbarung als „ärztliche Ehrenpflicht“.

⁶⁴³ Zur Schaffung einer umfassenden „Fehlervermeidungskultur“ hat der Gesetzgeber auch Änderungen am Sozialgesetzbuch V vorgenommen, siehe dazu *Hart*, GesR 2012, 385 (387); *Katzenmeier*, SGB 2012, 125 (128).

⁶⁴⁴ BGH, NJW 2000, 3429 (3431 f.); NJW 1983, 2630 (2631); OLG Köln, OLGR Köln 2005, 601 (601); § 12 Abs. 4 MBO-Ä.

⁶⁴⁵ BGH, NJW 2000, 3429 (3431); *Schelling*, MedR 2004, 422 (423); MünchKomm/Wagner, BGB, § 823 Rn. 808; BT-Drs. 17/10488, S. 22.

⁶⁴⁶ Ebenso *Wagner*, VersR 2012, 789 (794); diese Differenzierung für das alte Recht aufzeigend *Schelling*, MedR 2004, 422 (423 ff.).

⁶⁴⁷ *Michalski*, VersR 1997, 137 (144); *Katzenmeier* in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, Kap. V Rn. 17; *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 562.

⁶⁴⁸ Neben den Unterschieden zwischen den privaten Krankenversicherern können auch einzelne Versicherungsverträge desselben privaten Krankenversicherers unterschiedliche Konditionen beinhalten.

ten deutlich häufiger zumindest Anhaltspunkte für die Unsicherheit der Kostentragung hat als dies bei privat Krankenversicherten der Fall ist. Daher muss der Arzt in erster Linie gesetzlich krankenversicherte Patienten wirtschaftlich aufklären, während privat Krankenversicherte in der Regel selbst dafür verantwortlich sind, die Bedingungen ihrer Versicherungsverträge zu kennen.⁶⁴⁹

b) Kenntnis der Unsicherheit der Kostenübernahme oder Anhaltspunkte hierfür

Ob den Arzt eine wirtschaftliche Aufklärungspflicht trifft, muss für jede konkrete Behandlung einzeln ermittelt werden. Entscheidendes Kriterium ist, ob der Arzt die Unsicherheit der Kostenübernahme kannte oder sich hierfür Anhaltspunkte ergaben. Die Fassung des Referentenentwurfs,⁶⁵⁰ die nur bei positiver Kenntnis des Arztes eine wirtschaftliche Aufklärung verlangte, entsprach nicht der bisherigen Rechtsprechung⁶⁵¹ und hätte eine Verringerung der Patientenrechte bedeutet. Aus diesem Grunde lässt die Gesetzesfassung auch Anhaltspunkte für die Unsicherheit der Kostentragung ausreichen.

Allerdings dürfen diese Anhaltspunkte nicht allzu leicht angenommen werden. Für Ärzte kann es auch bei gesetzlich Krankenversicherten mitunter schwierig sein, zu erkennen, wo Unsicherheiten hinsichtlich der Kostentragung lauern. Grund dafür ist, dass die gesetzlichen Krankenversicherer verstärkt im Wettbewerb zueinander stehen und sich daher auch deren Leistungskataloge zunehmend voneinander unterscheiden.⁶⁵² Daneben werden in Krankenhäusern die Abrechnungen mit den Kassenärztlichen Vereinigungen vorwiegend zentral von der Verwaltung vorgenommen. Der einzelne Krankenhausarzt hat daher teilweise nur noch einen geringen Wissensvorsprung gegenüber dem Patienten. Sind die Kenntnisse des Arztes hinsichtlich der Leistungsumfänge der Krankenversicherungen – aus welchen Gründen auch immer – gering, so kann von diesem nicht verlangt werden, dass er sich dieses Wissen erst durch vorheriges Studium der Leistungskataloge aneignet.⁶⁵³ Der Zweck der wirtschaftlichen Aufklärungspflicht, den vorhandenen Wissensvorsprung des Arztes auszugleichen, würde bei einer derartigen ärztlichen Fortbildungspflicht missachtet. Auch die Einholung einer Kostenzusage- bzw. Kostenübernahmebestätigung von der Krankenversicherung ist nicht Aufgabe des Arztes.⁶⁵⁴ Die Verpflichtung zur wirtschaftlichen Aufklärung

⁶⁴⁹ BT-Drs. 17/10488, S. 22; siehe auch BGH, NJW 1996, 781 (781); *Michalski*, VersR 1997, 137 (144).

⁶⁵⁰ Referentenentwurf zum Patientenrechtegesetz, S. 5.

⁶⁵¹ Die bisherige Rechtsprechung verlangte nicht positives Wissen des Arztes, sondern ließ Erkennbarkeit genügen, vgl. BGH, NJW 1983, 2630 (2631); AG Pforzheim, MedR 2003, 234 (234).

⁶⁵² Hierauf ebenfalls hinweisend *Spickhoff*, ZRP 2012, 65 (67).

⁶⁵³ Ebenso *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 563; *Katzenmeier* in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, Kap. V Rn. 17.

⁶⁵⁴ OLG Düsseldorf, NJW-RR 2000, 906 (906); *Brogli* in: Ehlers/Brogli, Arzthaftungsrecht, Rn. 790; *Geiß/Greiner*, Arzthaftpflichtrecht, Kap. A Rn. 96; *Michalski*, VersR 1997, 137 (144); *Steinhilper* in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 25 Rn. 26.

will lediglich vorhandene Synergieeffekte nutzen, die sich daraus ergeben, dass der Arzt seine Kenntnisse über die Kostenerstattungspraxis der Krankenversicherungen ohne großen Aufwand weitergeben kann. Eine darüber hinausgehende Verpflichtung soll durch die wirtschaftliche Aufklärungspflicht nicht statuiert werden.

Daher sollten „Anhaltspunkte“, die auf eine Unsicherheit der Kostenübernahme hindeuten, nur zurückhaltend angenommen werden. Dies entspricht der ganz überwiegenden Auffassung in der juristischen Literatur, wonach die wirtschaftliche Aufklärungspflicht nicht überdehnt werden darf.⁶⁵⁵ Denn diese vertragliche Nebenpflicht dient nicht, wie etwa die Sicherungs- und die Selbstbestimmungsaufklärung, dem Schutz der wichtigen Rechtsgüter Gesundheit und Selbstbestimmung, sondern betrifft nur Vermögensinteressen des Patienten.⁶⁵⁶ Ist der Arzt nach alledem zur wirtschaftlichen Aufklärung verpflichtet, so umfasst diese Pflicht auch die Angabe der voraussichtlichen Höhe der zu erwartenden Behandlungskosten.⁶⁵⁷

c) Die Individuellen Gesundheitsleistungen (IGeL)

Ein besonderer Zankapfel im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens zum Patientenrechtegesetz waren die sog. Individuellen Gesundheitsleistungen.⁶⁵⁸ Hierunter versteht der Gesetzgeber „Leistungen der Vorsorge- und Service-Medizin, die von der Krankenversicherung nicht gezahlt werden, da sie nicht zum Leistungsumfang der gesetzlichen Krankenversicherung gehören bzw. von den privaten Krankenversicherungen nicht als medizinisch notwendig anerkannt sind“.⁶⁵⁹ Die Regierungskoalition wurde im Gesetzgebungsprozess von mehreren Seiten dazu aufgefordert, verschärfte Vorschriften für diesen Bereich zu schaffen.⁶⁶⁰ Im Ergebnis wurden aber, abgesehen von § 630c Abs. 3 BGB, keine Regelungen zu Individuellen Gesundheitsleistungen erlassen.

⁶⁵⁵ Siehe etwa *Steinbilber* in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 25 Rn. 26 m. w. N.; *Brogli* in: Ehlers/Brogli, Arzthaftungsrecht, Rn. 790; *Baden*, NJW 1988, 746 (748).

⁶⁵⁶ Zu den eher seltenen Fällen, in denen sich die wirtschaftliche Aufklärung und die Selbstbestimmungsaufklärung überschneiden, weshalb auch das Rechtsgut Selbstbestimmung von der wirtschaftlichen Aufklärung betroffen ist, *Katzenmeier* in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, Kap. V Rn. 17.

⁶⁵⁷ BT-Drs. 17/10488, S. 22; siehe auch OLG Düsseldorf, NJW-RR 2000, 906 (906); *Schelling*, MedR 2004, 422 (423 f.); *Rehborn*, MDR 2013, 497 (499).

⁶⁵⁸ Siehe dazu etwa den Antrag der Bundestagsfraktion der SPD v. 21.3.2012, BT-Drs. 17/9061 mit dem Titel „Individuelle Gesundheitsleistungen eindämmen“. Siehe auch Antrag der Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen v. 29.6.2011, BT-Drs. 17/6348, S. 6.

⁶⁵⁹ BT-Drs. 17/10488, S. 22.

⁶⁶⁰ Antrag der Bundestagsfraktion der SPD v. 21.3.2012, BT-Drs. 17/9061, S. 1 ff.; Antrag der Bundestagsfraktion Die Linke v. 7.6.2011, BT-Drs. 17/6489, S. 4; Antrag der Länder Berlin und Brandenburg v. 27.10.2010, BR-Drs. 676/10, S. 7; Stellungnahme des Bundesrates zum Patientenrechtegesetz, BT-Drs. 17/10488, S. 44; gegen eine solche Verschärfung der Regelungen aber ausdrücklich der 115. Deutsche Ärztetag, vgl. *o.A.*, DÄ 2012, A 1162 (A 1167).

aa) Aktuelle Rechtslage nach dem Patientenrechtegesetz

Problematisch ist der Bereich der Individuellen Gesundheitsleistungen deshalb, weil Ärzte ein nicht geringes ökonomisches Interesse an der Vornahme solcher Leistungen haben. Da diese Leistungen von den Patienten privat finanziert werden müssen,⁶⁶¹ besteht die Gefahr, dass sich das Arzt-Patienten-Verhältnis in eine Anbieter-Kunden-Beziehung wandelt,⁶⁶² bei der die Gesundheitsinteressen des Patienten von wirtschaftlichen Überlegungen auf Ärzteseite verdrängt zu werden drohen. Wie groß das ökonomische Potential von Individuellen Gesundheitsleistungen ist, zeigt zum einen die Tatsache, dass inzwischen zahlreiche Seminare für Ärzte und medizinisches Personal⁶⁶³ sowie Bücher⁶⁶⁴ über den Verkauf von Individuellen Gesundheitsleistungen angeboten werden. Zum anderen hat eine Studie des wissenschaftlichen Instituts der AOK ergeben, dass im Jahr 2010 von deutschen Ärzten Individuelle Gesundheitsleistungen im Wert von ca. 1,5 Mrd. Euro erbracht wurden.⁶⁶⁵

Ein weiteres Problem der Individuellen Gesundheitsleistungen ist, dass ihr Nutzen für den Patienten weitestgehend medizinisch nicht belegt ist, bzw. der potentielle Schaden den Nutzen überwiegt⁶⁶⁶. Im Einzelfall können die Individuellen Gesundheitsleistungen aber dennoch eine sinnvolle Therapie- oder Diagnosemaßnahme darstellen.⁶⁶⁷ Über den (fraglichen) Nutzen der Individuellen Gesundheitsleistung muss der Patient detailliert aufgeklärt werden. Hierzu bedurfte es entgegen entsprechender Forderungen⁶⁶⁸ keiner neuen Aufklärungsregel, denn im Rahmen der Selbstbestimmungsaufklärung muss der Arzt ohnehin über die Notwendigkeit und Eignung und damit über den konkreten Nutzen der Behandlung aufklären (§ 630e Abs. 1 Satz 2 BGB).

⁶⁶¹ IGES/Katzenmeier, Untersuchungen zum Informationsangebot zu Individuellen Gesundheitsleistungen, S. 20.

⁶⁶² Stellungnahme des Bundesrates zum Patientenrechtegesetz, BT-Drs. 17/10488, S. 40; vgl. auch Antrag der Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen v. 29.6.2011, BT-Drs. 17/6348, S. 6; Antrag der Länder Berlin und Brandenburg v. 27.10.2010, BR-Drs. 676/10, S. 7.

⁶⁶³ Vgl. dazu auch die Stellungnahme des Bundesrates zum Patientenrechtegesetz, BT-Drs. 17/10488, S. 42.

⁶⁶⁴ Siehe etwa den im renommierten Springer-Verlag erschienenen Titel: *Streit/Lettner*, Marketing für Arztpraxen – Individuelle Gesundheitsleistungen organisieren, kalkulieren und verkaufen.

⁶⁶⁵ Dies geht aus einer Studie des Wissenschaftlichen Instituts der AOK hervor. Befragt wurden ca. 2.500 gesetzlich versicherte Patienten. Veröffentlicht wurde die Studie von *Zok* im *WIdOmonitor* 2/2010, 1 ff.

⁶⁶⁶ *Schnell-Inderst/Hunger/Hintringer/u.a.*, Individuelle Gesundheitsleistungen, S. 134; siehe auch Antrag der Bundestagsfraktion der SPD v. 21.3.2012, BT-Drs. 17/9061, S. 1. Dass der medizinische Nutzen der Individuellen Gesundheitsleistungen nicht belegt ist, ist auch der Grund dafür, dass die Krankenversicherer die Kosten dieser Behandlungen nicht übernehmen.

⁶⁶⁷ So die Beschlüsse des 109. Deutschen Ärztetages (2006), vgl. *o.A.*, DÄ 2006, A 1540 (A 1540); siehe auch die ähnlichen Beschlüsse des 115. Deutschen Ärztetages (2012), *o.A.*, DÄ 2012, A 1162 (A 1167).

⁶⁶⁸ Antrag der Bundestagsfraktion Die Linke v. 7.6.2011, BT-Drs. 17/6489, S. 4.

Der Umfang der Selbstbestimmungsaufklärung ist bei Individuellen Gesundheitsleistungen zudem aus zweierlei Gründen besonders erhöht. Einerseits steigt der Aufklärungsumfang je weniger dringlich eine Maßnahme ist und je geringer die Heilungsaussichten sind.⁶⁶⁹ Individuelle Gesundheitsleistungen sind regelmäßig weder besonders dringlich noch mit sehr großen Heilungsaussichten verbunden. Andererseits handelt es sich bei den Individuellen Gesundheitsleistungen häufig um Neulandmethoden, bei welchen zusätzlich darauf hingewiesen werden muss, dass „unbekannte Risiken derzeit nicht auszuschließen sind“.⁶⁷⁰

Dass der Patient neben dem Nutzen der Individuellen Gesundheitsleistung auch über die in der Regel private Kostentragung aufgeklärt wird, wird über die wirtschaftliche Aufklärungspflicht sichergestellt. Bei Individuellen Gesundheitsleistungen ist, wie es in der Gesetzesbegründung heißt, regelmäßig davon auszugehen, dass der Arzt die Unsicherheit der Kostenübernahme kennt oder hierfür zumindest Anhaltspunkte hat.⁶⁷¹ Daher kann sich der Arzt so gut wie nie mit Erfolg auf die Nichterkennbarkeit der Unsicherheit der Kostenübernahme berufen.⁶⁷² Dementsprechend trifft den Arzt im Zusammenhang mit Individuellen Gesundheitsleistungen nahezu immer die Pflicht zur (textformgebundenen) wirtschaftlichen Aufklärung.

bb) Nicht aufgenommene Reformvorschläge hinsichtlich der Individuellen Gesundheitsleistungen

Nicht in das Gesetz aufgenommen wurde ein Regelungsvorschlag, wonach zwischen Angebot einer Individuellen Gesundheitsleistung und deren Vornahme dem Patienten eine 24-stündige Bedenkzeit eingeräumt werden muss.⁶⁷³ Dies hätte durch den dadurch erforderlich werdenden zusätzlichen Arztbesuch des Patienten die Anzahl der Individuellen Gesundheitsleistungen sicherlich effektiv gesenkt. Da aber derzeit kein massiver Missbrauch der Individuellen Gesundheitsleistungen im Sinne einer Bedrängung und Verängstigung⁶⁷⁴ der Patienten durch das Angebot solcher Leistungen festzustellen ist, konnte auf diese Regelung verzichtet werden.⁶⁷⁵ Sollte sich allerdings in Zukunft ein solcher Missbrauch in größerem Umfang herausstellen, so wäre eine derartige Regelung sicher ein probates Mittel zur

⁶⁶⁹ Katzenmeier in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, *Arztrecht*, Kap. V Rn. 20; Geiß/Greiner, *Arzthaftpflichtrecht*, Kap. C Rn. 8.

⁶⁷⁰ BGH, NJW 2006, 2477 (2478); vgl. auch OLG Köln, NJW-RR 1992, 986 (986 f.); IGES/Katzenmeier, *Untersuchungen zum Informationsangebot zu Individuellen*, S. 102.

⁶⁷¹ BT-Drs. 17/10488, S. 22.

⁶⁷² Katzenmeier (MedR 2012, 576 [581]) geht noch weiter, wenn er äußert, dass sich der Behandelnde bei Individuellen Gesundheitsleistungen schon gar nicht darauf berufen kann, dass er nicht gewusst habe, ob die Kosten von einer Krankenversicherung übernommen werden.

⁶⁷³ Stellungnahme des Bundesrates zum Patientenrechtegesetz, BT-Drs. 17/10488, S. 44; Antrag der Bundestagsfraktion der SPD v. 21.3.2012, BT-Drs. 17/9061, S. 2.

⁶⁷⁴ Vgl. dazu Beschlüsse des 109. Deutschen Ärztetages (2006), *o.A.*, DÄ 2006, A 1540 (A 1541).

⁶⁷⁵ Ebenso die Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrates zum Patientenrechtegesetz, BT-Drs. 17/10488, S. 56.

Reglementierung der Individuellen Gesundheitsleistungen. Zum jetzigen Zeitpunkt hätte diese verpflichtende Bedenkzeit aber durch überflüssige Wiedervorstellungstermine und damit verbundene Wartezeiten „eine nicht akzeptable Gängelung von Ärzten und Patienten“⁶⁷⁶ dargestellt.

Ebenso wenig wurde die Anregung aufgenommen, dass der Patient vor der Erbringung der Individuellen Gesundheitsleistung die Kenntnisnahme der persönlichen Kostenträgung⁶⁷⁷ in Schriftform (§ 126 BGB) bestätigen muss.⁶⁷⁸ Die Schriftform sollte durch ihre Übereilungsschutz- und Warnfunktion den Patienten dazu anhalten, die angebotene Zusatzleistung kritisch zu hinterfragen.⁶⁷⁹ Dieser Schriftformzwang für die Vereinbarung von Individuellen Gesundheitsleistungen ist bereits jetzt in einigen vertragsarztrechtlichen und sozialrechtlichen Vorschriften vorgesehen (§ 3 Abs. 1 Satz 3 BMV-Ä; § 2 Abs. 11 Satz 3 EKV-Ä; § 28 Abs. 2 Satz 4 SGB V – für bestimmte zahnärztliche Behandlungen).

Es ist zu begrüßen, dass der Gesetzgeber im Patientenrechtegesetz kein derartiges Schriftformerfordernis aufgenommen hat. Eine vertrauensvolle Beziehung zwischen Arzt und Patient kann nur durch mündlichen Kontakt entstehen. Jegliche (weitere) Verschiebung der Kommunikation auf die schriftliche Ebene kann das Arzt-Patienten-Verhältnis belasten. Die Verwendung von Schriftstücken verleitet den Arzt dazu, seine Aufklärungspflichten im persönlichen Gespräch zu vernachlässigen.⁶⁸⁰ Kommt der Arzt seinen Aufklärungspflichten ordnungsgemäß nach, die, wie gezeigt, bei Individuellen Gesundheitsleistungen relativ umfangreich sind, hat der Patient eine hinreichende Entscheidungsgrundlage, um einen abgewogenen Entschluss über die Inanspruchnahme einer Individuellen Gesundheitsleistung zu fassen. Eine zusätzliche Warnung durch das Schriftformerfordernis erscheint in Anbetracht dessen nicht erforderlich.

Im Ergebnis ist es daher richtig, dass der Gesetzgeber keine weitergehende Reglementierung der Individuellen Gesundheitsleistungen vorgenommen hat.⁶⁸¹ Ein umfangreich aufgeklärter, mündiger Patient muss Individuelle Gesundheitsleistungen ohne weitere Hindernisse, wie etwa neuerliche Arztbesuche, in Anspruch nehmen können.

⁶⁷⁶ Beschlüsse des 115. Deutschen Ärztetages (2012), *a.A.*, DÄ 2012, A 1162 (A 1167); siehe auch die Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrates zum Patientenrechtegesetz, BT-Drs. 17/10488, S. 56.

⁶⁷⁷ Über die persönliche Kostenträgung muss der Patient im Rahmen des § 630c Abs. 3 BGB ohnehin in Textform aufgeklärt werden.

⁶⁷⁸ Diese Forderung aussprechend: Stellungnahme des Bundesrates zum Patientenrechtegesetz, BT-Drs. 17/10488, S. 40; Antrag der Bundestagsfraktion der SPD v. 21.3.2012, BT-Drs. 17/9061, S. 2.

⁶⁷⁹ Stellungnahme des Bundesrates zum Patientenrechtegesetz, BT-Drs. 17/10488, S. 40.

⁶⁸⁰ *IGES/Katzenmeier*, Untersuchungen zum Informationsangebot zu Individuellen Gesundheitsleistungen, S. 129.

⁶⁸¹ Ebenso *Montgomery/Brauer/Hübner/Seeböhm*, MedR 2013, 149 (153).

d) Textform der wirtschaftlichen Aufklärung (Abs. 3 Satz 1) und weitergehende Formanforderungen (Abs. 3 Satz 2)

Eine neue Bestimmung enthält § 630c Abs. 3 Satz 1 BGB insoweit, als der Behandelnde den Patienten über die Unsicherheit der Kostenübernahme „in Textform informieren“ muss. Unklar bleibt in dieser Stelle leider, ob die Information in Textform anstelle oder neben die bisher geforderte mündliche Aufklärung treten soll.⁶⁸² Die Gesetzesbegründung sieht für den Sonderfall, dass der Patient sehbehindert ist, eine „zusätzlich[e] mündlich[e]“ Information vor.⁶⁸³ Diese Aussage und der fehlende Verweis auf § 630e Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 BGB, welcher für die Selbstbestimmungsaufklärung das Prinzip der Mündlichkeit festschreibt, sprechen gegen das Erfordernis einer mündlichen Aufklärung im Rahmen des § 630c Abs. 3 BGB. Zudem gibt der Wortlaut des Absatzes 3, anders als bei den Aufklärungs- bzw. Informationspflichten des § 630c Abs. 2 BGB,⁶⁸⁴ keinerlei Hinweise auf eine Unterrichtung in mündlicher Form.

Dennoch sollte die wirtschaftliche Aufklärung weiterhin im Rahmen eines Gesprächs und nur ergänzend durch schriftliche Dokumente erfolgen. Wie schon mehrfach erwähnt, eignet sich die mündliche Kommunikation deutlich besser zur Informationsvermittlung als die Übergabe eines Schriftstücks. Bei einer solchen schlichten Aushändigung eines Dokuments ist nämlich nicht sichergestellt, dass der Patient dieses auch liest und versteht.⁶⁸⁵ Dass der Gesetzgeber bei der wirtschaftlichen Aufklärung in keiner Weise auf die mündliche Informationsvermittlung hingewiesen hat, ist offensichtlich ein Versehen. Hätte er an dieser Stelle eine Änderung zur bisherigen Rechtslage und eine Abweichung von den übrigen Informations-/Aufklärungspflichten herbeiführen wollen, so hätte er ausdrücklich darauf hinweisen müssen, dass die wirtschaftliche Aufklärung nicht im Rahmen eines Gesprächs zu erfolgen braucht.

Diese Auslegungsschwierigkeiten und der durch die Aufklärung in Textform erforderlich werdende erhöhte Schreibbedarf auf Ärzteseite⁶⁸⁶ führen zu der Bewertung, dass der Gesetzgeber besser daran getan hätte, auf dieses Formerfordernis gänzlich zu verzichten. Auch bei der nun bestehenden Rechtslage ist zu hof-

⁶⁸² Dass die wirtschaftliche Aufklärung mündlich zu erfolgen hat, wurde, soweit ersichtlich, nirgendwo ausdrücklich geäußert, dennoch scheinen die Mehrzahl der Autoren der medizinrechtlichen Literatur hiervon auszugehen. Dies zeigen die im Zusammenhang mit der wirtschaftlichen Aufklärung verwendeten Verben: „erörtern“ (so *Katzenmeier* in: *Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht*, Kap. V Rn. 17; *Bepfel*, *Ärztliche Aufklärung in der Rechtsprechung*, S. 157); „ansprechen“ (so *Teichner/Schröder*, *MedR* 2009, 586 [590]).

⁶⁸³ BT-Drs. 17/10488, S. 22.

⁶⁸⁴ In § 630c Abs. 2 Satz 1 BGB heißt es ausdrücklich „erläutern“. In § 630c Abs. 2 Satz 2 BGB wird der Begriff „informieren“ genutzt, der hinsichtlich der Form der Mitteilung (schriftlich oder mündlich) neutral ist. Da aber in der 1. Alt. „auf Nachfrage“ informiert werden muss, wird auch hier auf die Mündlichkeit der Unterrichtung hingedeutet.

⁶⁸⁵ BGH, *NJW* 1985, 1399 (1399); OLG Köln, *MedR* 2010, 716 (718); vgl. *Spickhoff*, *NJW* 2006, 2075 (2075).

⁶⁸⁶ *Spickhoff*, *ZRP* 2012, 65 (67).

fen, dass in der Praxis bei der wirtschaftlichen Aufklärung weiterhin das Hauptaugenmerk auf das mündliche Gespräch gelegt werden wird. Daneben muss aber den Ärzten, schon allein aus Beweisgründen, dringend dazu geraten werden, die dem Patienten übergebenen Informationsschriftstücke stets auf Richtigkeit und Vollständigkeit zu überprüfen. Andernfalls besteht die Gefahr eigene Honoraranprüche zu verlieren.

Einige Normen schreiben noch über das Textformerfordernis des § 630c Abs. 3 Satz 1 BGB hinausgehende Formanforderungen vor. Solche Vorschriften sind beispielsweise § 17 Abs. 2 KHEntgG und § 3 Abs. 1, § 18 Abs. 8 Nr. 3 BMV-Ä. Diese Bestimmungen sehen unter bestimmten Voraussetzungen den Abschluss eines schriftlichen Behandlungsvertrages vor. Die Textformvorschrift des § 630c Abs. 1 Satz 1 BGB und die weitergehenden Formvorschriften des Satzes 2 unterscheiden sich neben der „Schärfe“ auch hinsichtlich des Bezugspunkts der Form. Bei § 630c Abs. 1 Satz 1 BGB ist die Aufklärung formbedürftig, während bei §§ 17 Abs. 2 KHEntgG etc. bereits der Behandlungsvertrag in schriftlicher Form abgeschlossen werden muss.

e) Rechtsfolge bei nicht ordnungsgemäßer wirtschaftlicher Aufklärung

Kommt der Arzt der Aufgabe der wirtschaftlichen Aufklärung nicht ordnungsgemäß nach, so verliert er teilweise seinen Honoraranspruch gegen den Patienten.⁶⁸⁷ Der Verlust des Honoraranspruchs ist rechtsdogmatisch auf zwei unterschiedlichen Wegen begründbar. Einerseits kann man in der wirtschaftlichen Aufklärung eine Obliegenheit des Arztes erblicken, nach deren Verletzung sich die Geltendmachung des ärztlichen Vergütungsanspruchs als unzulässige Rechtsausübung darstellt.⁶⁸⁸ Andererseits kann man die wirtschaftliche Aufklärung als eine Pflicht auffassen, deren Verletzung einen Schadensersatzanspruch des Patienten begründet. Mit diesem Schadensersatzanspruch kann der Patient gegen den ärztlichen Honoraranspruch aufrechnen. Diese Lösung wurde teilweise als dogmatisch unständig und als Überbetonung der Bedeutung der wirtschaftlichen Aufklärung angesehen,⁶⁸⁹ sie wurde aber insbesondere von der Rechtsprechung präferiert.⁶⁹⁰

Der zweitgenannten Lösung hat sich nunmehr auch der Gesetzgeber angeschlossen. Dies ergibt sich zum einen aus der Überschrift des § 630c „Informationspflichten“ und aus dem Wortlaut der Norm („muss“). Zum anderen hat der Gesetzgeber in der Gesetzesbegründung ausdrücklich darauf hingewiesen, dass

⁶⁸⁷ Der Arzt verliert nur insoweit seinen Vergütungsanspruch, als er zur wirtschaftlichen Aufklärung verpflichtet gewesen ist.

⁶⁸⁸ *Gaßner/Strömer*, MedR 2012, 159 (166); *Spickhoff*, VersR 2013, 267 (270).

⁶⁸⁹ *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, 6. Aufl. 2008, Rn. 280.

⁶⁹⁰ BGH, VersR 2000, 999 (1002); OLG Stuttgart, OLGR Stuttgart 2002, 350 (351); vgl. auch OLG Hamm, NJW 1995, 790 (790).

ein Verstoß gegen § 630c Abs. 3 BGB eine Pflichtverletzung i. S. d. § 280 Abs. 1 BGB darstellt.⁶⁹¹

5. Ausnahmen vom Informations- bzw. Aufklärungserfordernis (Abs. 4)

§ 630c Abs. 4 BGB regelt Ausnahmen, in denen die Informationspflichten der Absätze 2 und 3 nicht bestehen. Die Informationspflichten sollen insbesondere dann entfallen, wenn entweder die Behandlung unaufschiebbar ist oder der Patient auf die Information verzichtet hat. Fälle, in denen aufgrund einer unaufschiebbaren Behandlung die Sicherungsaufklärung, die Fehleroffenbarung oder die wirtschaftliche Aufklärung tatsächlich unterbleiben muss, sind allerdings kaum denkbar. Die Sicherungsaufklärung wird regelmäßig erst relevant, wenn der Arzt den Patienten entlässt.⁶⁹² Eine unaufschiebbare Behandlung steht zu diesem Zeitpunkt nicht mehr in Frage, weshalb eine solche der Sicherungsaufklärung nicht im Wege steht.⁶⁹³ Eine Fehleroffenbarung ist dem Arzt auch noch nach einer unaufschiebbaren, fehlerbedingten Revisionsoperation möglich und für den Patienten von Interesse. Es sind keine Gründe ersichtlich, weshalb der Arzt wegen der „dazwischen gekommenen“, dringenden Nachoperation von seiner Offenbarungspflicht befreit werden sollte.⁶⁹⁴ Dass die wirtschaftliche Aufklärung regelmäßig keine unaufschiebbaren Behandlungen betrifft, hat der Gesetzgeber selbst erkannt.⁶⁹⁵ Diese Erwägungen zeigen, dass der Gesetzgeber den Ausschlussstatbestand der unaufschiebbaren Behandlung, der für die Selbstbestimmungsaufklärung entwickelt wurde, offensichtlich ohne Prüfung seiner Relevanz für die Informationspflichten übernommen hat.

Wie die Formulierung „insbesondere“ anzeigt, sind die beiden in § 630c Abs. 4 BGB genannten Fallgruppen (unaufschiebbare Behandlung und Informationsverzicht) nicht abschließend. Als weitere Ausschlussstatbestände kommen therapeutische Gründe und eigene Fachkenntnisse des Patienten in Betracht. Daneben steht es der Rechtsprechung offen, bei Bedarf neue Ausschlussstatbestände zu entwickeln. Da all die soeben aufgeführten Fallgruppen vor allem bei der Selbstbestim-

⁶⁹¹ BT-Drs. 17/10488, S. 20.

⁶⁹² Vgl. die angesprochenen Fälle bei *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 450; *Katzenmeier* in: *Laufs/Katzenmeier/Lipp*, Arztrecht, Kap. V Rn. 16.

⁶⁹³ Siehe dazu auch *Killinger*, Die Besonderheiten der Arzthaftung im medizinischen Notfall, Rn. 405.

⁶⁹⁴ Allerdings ist nach erfolgreicher Nachoperation eine Fehleroffenbarung zur Abwendung gesundheitlicher Gefahren (§ 630c Abs. 2 Satz 2 [2.Alt.] BGB) nicht mehr erforderlich. Seiner Informationspflicht hat der Arzt nur dann nachträglich nachzukommen, wenn der Patient vorher eine diesbezügliche Nachfrage gestellt hatte, die aufgrund der Dringlichkeit der Nachoperation zunächst nicht beantwortet wurde.

⁶⁹⁵ Der Gesetzgeber weist daher daraufhin, dass von den Ausnahmen des Absatzes 4 für die wirtschaftliche Aufklärungspflicht nur der Verzicht des Patienten von Bedeutung ist, siehe BT-Drs. 17/10488, S. 23.

mungsaufklärung relevant sind, soll auf diese erst beim weitgehend inhaltsgleichen § 630e Abs. 3 BGB eingegangen werden.⁶⁹⁶

V. Einwilligung, § 630d BGB

In § 630d BGB wird die Einwilligung als Voraussetzung aller Behandlungsmaßnahmen niedergelegt. Die systematische Trennung der Einwilligung einerseits und der auf den Vertragsabschluss gerichteten Willenserklärung des Patienten andererseits (dazu § 630a BGB) ist sinnvoll, weil diese Erklärungen jeweils unterschiedliche rechtliche Funktionen erfüllen.⁶⁹⁷ § 630d BGB enthält neben der bezeichneten Grundaussage Bestimmungen zur Einwilligung bei Einwilligungsunfähigkeit des Patienten (Abs. 1 Satz 2) und bei Unaufschiebbarkeit der Behandlungsmaßnahme (Abs. 1 Satz 4). In Absatz 2 wird deklaratorisch auf die Selbstbestimmungsaufklärung (§ 630e BGB) als Voraussetzung der Einwilligung verwiesen. Absatz 3 regelt den Widerruf der Einwilligung.

1. Einordnung der Einwilligung im Vertragsrecht

a) Bisherige Rechtslage

Die dogmatische Einordnung der Einwilligung im Vertragsrecht war nach bisheriger Rechtslage unklar. Der Grund hierfür lag darin, dass das Arzthaftungsrecht auf Grundlage des Deliktsrechts entwickelt wurde.⁶⁹⁸ Dort hat die Einwilligung die Funktion eines Rechtfertigungsgrundes. Dies hat zur Folge, dass der Arzt hinsichtlich der Voraussetzungen der wirksamen Einwilligung, insbesondere der ordnungsgemäßen Aufklärung, darlegungs- und beweibelastet ist, weil Rechtfertigungsgründe Einwendungscharakter aufweisen.⁶⁹⁹ Da im Vertragsrecht die Einholung einer wirksamen Einwilligung aber als vertragliche Pflicht anzusehen ist, hätte der Patient – der Beweislastverteilung des § 280 Abs. 1 BGB folgend – die Verletzung dieser Pflicht zu beweisen.⁷⁰⁰ Dies wurde aber zu Recht als unbillig empfunden.⁷⁰¹ Zum einen kann das Fehlen einer wirksamen Einwilligung vom Patienten kaum nachgewiesen werden, während der Arzt durch entsprechende Dokumenta-

⁶⁹⁶ Siehe unten Kap. 3 VI. 3.

⁶⁹⁷ *Spickhoff*, Stellungnahme zum Patientenrechtegesetz im Rechts- und Gesundheitsausschuss vom 22.10.2012, Ausschussdrucksache 17(14)0326(4), S. 6; näher dazu *Deutsch/Spickhoff*, *Medizinrecht*, Rn. 1126.

⁶⁹⁸ Siehe *Katzenmeier*, *MedR* 2012, 576 (581).

⁶⁹⁹ Dazu allgemein *Thomas/Putzo/Reichold*, *ZPO*, Vorbem. § 284 Rn. 23; *Zöller/Greger*, *ZPO*, Vor § 284 Rn. 17a.

⁷⁰⁰ *Spickhoff*, *NJW* 2002, 2530 (2534).

⁷⁰¹ A. A. wohl *Büttner* in: *FS für Geiß*, S. 353 (361).

tion die Beweisbarkeit sicherstellen kann.⁷⁰² Zum anderen wird nur diese Beweislastverteilung dem Schutz der Entscheidungsfreiheit und damit dem Persönlichkeitsrecht des Patienten gerecht.⁷⁰³

Um der deliktsrechtlichen Beweislastverteilung auch im Vertragsrecht Geltung zu verschaffen, kam als Lösung in Betracht, die Einwilligung auch im Rahmen des § 280 Abs. 1 BGB als Rechtfertigungsgrund zu prüfen. Denn auch § 280 Abs. 1 BGB enthält das (ungeschriebene) Merkmal der Rechtswidrigkeit,⁷⁰⁴ weil es sich um eine Verschuldenshaftung handelt und die Rechtswidrigkeit ein Wesensmerkmal des Verschuldens darstellt.⁷⁰⁵ Diese Konstruktion setzte allerdings – der Haftung aus § 823 Abs. 1 BGB entsprechend – eine (vertragliche) Pflicht des Behandelnden voraus, nicht in die körperliche Unversehrtheit des Patienten einzugreifen.⁷⁰⁶ Eine solche Pflicht konnte im Vertragsrecht aber kaum bejaht werden, weil der Behandlungsvertrag gerade zum Zwecke ebendieses Eingriffs geschlossen wurde.⁷⁰⁷

Eine andere, weniger konstruiert wirkende Lösung sah vor, die Nichteinholung der Einwilligung als Pflichtverletzung i. S. d. § 280 Abs. 1 BGB einzuordnen und die Beweislast für die Einholung der Einwilligung sowie für die ordnungsgemäße Aufklärung dem Arzt aufzubürden.⁷⁰⁸ Insoweit wurde eine Beweislastsonderregel zu Gunsten des Patienten geschaffen.⁷⁰⁹

b) Rechtslage nach dem Patientenrechtegesetz

Der Gesetzgeber hat nunmehr klargestellt, dass es sich bei der Einholung der Einwilligung um eine vertragliche Pflicht handelt, deren Verletzung zu einer Haftung nach § 280 Abs. 1 BGB führt. Schon der Wortlaut des § 630d Abs. 1 Satz 1 BGB spricht von einer Verpflichtung des Behandelnden und nicht davon, dass eine Nichteinholung der Einwilligung zur „Rechtswidrigkeit“ des Eingriffs führt. Daneben geht auch die Gesetzesbegründung bei der Einwilligung ausdrücklich von einer vertraglichen Pflicht aus, die im Verletzungsfall die Haftungsfolge des

⁷⁰² Vgl. BGH, NJW 1984, 1807 (1809); *Taupitz*, Gutachten A für den 63. DJT (2000), Bd. 1, A 1 (A 30).

⁷⁰³ Siehe ausführlicher hierzu *Spickhoff*, NJW 2002, 2530 (2534); *Taupitz*, Gutachten A für den 63. DJT (2000), Bd. 1, A 1 (A 31 m. w. N.); *Deutsch*, AcP 192, 161 (178 f.).

⁷⁰⁴ *Fikentscher/Heinemann*, Schuldrecht, Rn. 638; *Spickhoff*, NJW 2002, 2530 (2534).

⁷⁰⁵ *Heuser*, Jura 2012, 663 (665). Eine eigenständige Bedeutung neben der Pflichtwidrigkeit entfaltet die Rechtswidrigkeit bei § 280 Abs. 1 BGB in der Regel allerdings nicht.

⁷⁰⁶ *Katzenmeier*, MedR 2012, 576 (581) geht davon aus, dass (auch nach dem Patientenrechtegesetz) bei der vertraglichen Haftung wegen Verletzung der Einwilligungseinholungspflicht an eine Rechtsgutverletzung beim Patienten angeknüpft wird: „Offenbar soll die vertragliche Haftung nicht – wie sonst üblich – an die Pflichtverletzung des Behandelnden anknüpfen, sondern an die Rechtsgutverletzung des Patienten“. Er spricht insoweit von „Rechtsgutzentrierung“.

⁷⁰⁷ *Spickhoff*, NJW 2002, 2530 (2534).

⁷⁰⁸ Siehe dazu *Taupitz*, AcP 211, 352 (355 [Fn. 11]).

⁷⁰⁹ Dies andeutend, aber nicht eindeutig als besondere Beweisverteilungsregel benennend, BGH, NJW 1984, 1807 (1809).

§ 280 Abs. 1 BGB auslöst.⁷¹⁰ Um den Gleichlauf der Beweislastverteilung zwischen Vertrags- und Deliktsrecht zu wahren, hat der Gesetzgeber in § 630h Abs. 2 BGB eine Beweisregel festgeschrieben, nach der der Arzt beweisen muss, dass er die Einwilligung eingeholt und ordnungsgemäß aufgeklärt hat.⁷¹¹ Ein Rückgriff auf das Rechtswidrigkeitsmerkmal des § 280 Abs. 1 BGB, welcher, wie gezeigt, ohnehin konstruktive Probleme aufweist, ist daher nicht mehr erforderlich.

2. Einwilligungsfähigkeit (Abs. 1 Satz 2)

Der Gesetzestext lässt eine Definition der Einwilligungsfähigkeit vermissen. In der Gesetzesbegründung macht der Gesetzgeber aber deutlich, dass an der bisherigen Definition der Einwilligungsfähigkeit festgehalten werden soll. Einwilligungsfähig ist danach derjenige, der die vorhergehende Aufklärung verstehen, die Bedeutung und Tragweite des konkreten Eingriffs sowie dessen Folgen erfassen und seinen Willen hiernach ausrichten kann.⁷¹² Ist der Patient danach einwilligungsunfähig, so muss die Einwilligung eines hierzu Berechtigten eingeholt werden. Solche Berechtigte sind in erster Linie die gesetzlichen Vertreter, also etwa die Eltern, ein Vormund oder ein Betreuer. Daneben kann ein Einwilligungsfähiger für den Fall seiner Einwilligungsunfähigkeit eine Person bestimmen, die zur Einwilligung in medizinische Maßnahmen berechtigt sein soll.⁷¹³

a) Einwilligung beim Minderjährigen

Zur Einwilligung in einen Eingriff bei einem Minderjährigen findet sich in der Gesetzesbegründung nur der Hinweis, dass je nach den Umständen des Einzelfalls entschieden werden muss, ob nur der gesetzliche Vertreter, der Minderjährige allein oder beide gemeinsam einem Eingriff zustimmen müssen.⁷¹⁴ Diese Formulierung, die der Rechtsprechung und der Lehre diesen Fragenkomplex zur weiteren Diskussion überlässt, ist in Anbetracht der Komplexität der Materie zwar in gewissem Umfang nachvollziehbar, muss aber dennoch als Zeugnis fehlender gesetzgeberischer Entscheidungsfreude gewertet werden.⁷¹⁵ Es ist bedauerlich, dass der Gesetzgeber, der mit dem Patientenrechtegesetz Rechtssicherheit schaffen wollte, die Ärzte in Unsicherheit darüber zurücklässt, vom wem im Falle einer

⁷¹⁰ Vgl. BT-Drs. 17/10488, S. 23. Ebenfalls von einer vertraglichen Pflicht gehen die folgenden Stellungnahmen zum Patientenrechtegesetz in der juristischen Literatur aus, *Hart*, GesR 2012, 385 (386); *Olzen/Metzmacher*, JR 2012, 271 (274).

⁷¹¹ Dieser Sonderregel bedürfte es nicht, wenn man weiterhin die Einwilligung auch im Vertragsrecht als Rechtfertigungsgrund ansehen würde.

⁷¹² BT-Drs. 17/10488, S. 23; vgl. BGHZ 29, 33 (36); MünchKomm/*Wagner*, BGB, § 823 Rn. 767.

⁷¹³ BT-Drs. 17/10488, S. 23; siehe auch *Deutsch/Spickehoff*, Medizinrecht, Rn. 429.

⁷¹⁴ BT-Drs. 17/10488, S. 23.

⁷¹⁵ Ebenso *Coester-Waltjen*, MedR 2012, 553 (555); siehe auch *Hart*, GesR 2012, 385 (386); *Spickehoff*, VersR 2013, 267 (276).

Behandlung Minderjähriger eine Einwilligung in den Eingriff benötigt wird und wer aufgeklärt werden muss.

Dieses gesetzgeberische Unterlassen wiegt umso schwerer, als in diesem Bereich weder eine einheitliche, zur Orientierung dienende Linie der Rechtsprechung existiert⁷¹⁶ noch ein klares und in jeglicher Hinsicht überzeugendes Konzept in der medizinrechtlichen Literatur entwickelt wurde.⁷¹⁷ Die Meinungsverschiedenheiten in der Literatur beginnen schon damit, dass nicht ganz unumstritten ist, welche Rechtsnatur eine Einwilligung hat.⁷¹⁸ Teilweise wird erwogen die medizinische Einwilligung als Willenserklärung anzusehen.⁷¹⁹ Damit würde sich die Einwilligungsfähigkeit nach den Vorschriften über die Geschäftsfähigkeit richten (§§ 104 ff. BGB). Da diese und etliche weitere Vorschriften über Willenserklärungen für die medizinische Einwilligung nicht bzw. allenfalls modifiziert anwendbar sind, wird dies allerdings von der herrschenden Meinung zu Recht abgelehnt.⁷²⁰ Für diese Ablehnung spricht etwa auch, dass die medizinische Einwilligung eine Zustimmung zu einer tatsächlichen Handlung darstellt und nicht auf einen rechtlichen Erfolg abzielt.⁷²¹

Soweit der Minderjährige nicht einwilligungsfähig ist, was unterhalb von 14 Jahren regelmäßig anzunehmen ist,⁷²² ist die Rechtslage noch relativ einfach. Die gesetzlichen Vertreter sind in diesem Falle alleine einwilligungszuständig und damit auch aufklärungsbedürftig (vgl. § 630d Abs. 2 [2.Alt.] BGB). Dem nicht einwilligungsfähigen Minderjährigen sind gem. § 630e Abs. 5 BGB lediglich die wesentlichen Umstände der medizinischen Maßnahme seinen Verständnismöglichkeiten entsprechend zu erläutern. Diese Erläuterungspflicht hat allerdings keinen Einfluss auf die Wirksamkeit der Einwilligung durch die gesetzlichen Vertreter.⁷²³ Probleme können allerdings dann auftreten, wenn sich die Eltern, die zumindest bei schwerwiegenden Eingriffen beide zustimmen müssen, nicht einigen können oder wenn Eltern die Zustimmung willkürlich ablehnen.⁷²⁴

⁷¹⁶ Ebenso mit zahlreichen Nachweisen aus der Rechtsprechung *Geiß/Greiner*, Arzthaftpflichtrecht, Kap. C Rn. 115.

⁷¹⁷ Diese Einschätzung teilend *Coester-Waltjen*, MedR 2012, 553 (554).

⁷¹⁸ Der Gesetzgeber äußert sich nicht zur Frage der Rechtsnatur der Einwilligung. Allein die Tatsache, dass er den Begriff Willenserklärung an keiner Stelle erwähnt und in Bezug auf die Einwilligung Minderjähriger von Einsichts- und natürlicher Willensfähigkeit, nicht aber von Geschäftsfähigkeit spricht, deutet darauf hin, dass er die Einwilligung nicht als Willenserklärung auffasst.

⁷¹⁹ *Roth*, JZ 2004, 494 (496); *Kothke*, AcP 185, 105 (152).

⁷²⁰ *Katzenmeier* in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, Kap. V Rn. 41 m. w. N.; vgl. auch *Bamberger/Roth/Spindler*, BGB, § 823 Rn. 638 m. w. N.; *Spickhoff*, AcP 208, 345 (385 f.).

⁷²¹ *Coester-Waltjen*, MedR 2012, 553 (554); *Diederichsen* in: FS für Hirsch, S. 355 (356).

⁷²² *Taupitz*, Gutachten A für den 63. DJT (2000), Bd. 1, A 1 (A 60 f.); *Spickhoff*, NJW 2000, 2297 (2299).

⁷²³ Vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Gesundheit, BT-Drs. 17/11710, S. 29. Ausführlicher zu § 630e Abs. 5 BGB siehe unten Kap. 3 VI. 5.

⁷²⁴ Siehe dazu ausführlich *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 1133 f.; *Katzenmeier* in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, Kap. V Rn. 42; siehe auch OLG Celle, NJW 1995, 792 (793).

Deutlich komplizierter wird der Fragenkomplex, wenn der Minderjährige einwilligungsfähig ist. Die wohl herrschende Meinung geht davon aus, dass der Minderjährige hinsichtlich der Einwilligung allein zuständig ist.⁷²⁵ Verfassungsrechtlich begründet wird dies mit der Bedeutung des Selbstbestimmungsrechts des Minderjährigen.⁷²⁶ Diese Ansicht sieht sich allerdings dem Wertungswiderspruch gegenüber, dass Minderjährige weniger bedeutsame Entscheidungen über vertragliche Bindungen regelmäßig nicht alleine treffen können (vgl. § 107 f. BGB), aber für gegebenenfalls folgenschwere medizinische Eingriffe alleinentscheidungsbefugt sein sollen.⁷²⁷ Eine andere Ansicht spricht sich daher dafür aus, dass ab Einwilligungsfähigkeit des Minderjährigen nach einem Konsensprinzip sowohl die Einwilligung der gesetzlichen Vertreter als auch des Jugendlichen erforderlich ist.⁷²⁸ Als Begründung dieser Sichtweise wird auf das in Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG niedergelegte elterliche Fürsorgerecht verwiesen, in welches derartig umfassend⁷²⁹ nur der Gesetzgeber eingreifen könne.⁷³⁰ Weitere Stimmen gehen im Grunde von einer Alleinzuständigkeit des Minderjährigen aus, fordern aber für einzelne Fallgruppen die Zustimmung der gesetzlichen Vertreter⁷³¹ Als derartige zustimmungspflichtige Eingriffe werden etwa Operationen mit möglichen schweren Folgen und Eingriffe, die nicht zwingend indiziert sind (beispielsweise kosmetische Operationen)⁷³²

⁷²⁵ Kern, NJW 1994, 753 (755); ders., LMK 2007, 220412; Wölke, MedR 2001, 80 (84); Bamberger/Roth/Spindler, BGB, § 823 Rn. 638 m. w. N.; vgl. auch Kubella, Patientenrechtegesetz, S. 111 und 195 ff. die in einem neu zu schaffenden § 1631b BGB-E das Alleinentscheidungsrecht des einwilligungsfähigen Minderjährigen festschreiben wollte.

⁷²⁶ Wölke, MedR 2001, 80 (82); Rothärmel/Wolffslast/Fegert, MedR 1999, 293 (294); Lesch, NJW 1989, 2309 (2310).

⁷²⁷ So MünchKomm/Gitter, BGB, 3. Aufl., Vor § 104 Rn. 89; Pawlowski in: FS für Hagen, S. 5 (18). Soweit man nur behandlungsvertragliche Bindungen des Minderjährigen in die Wertung miteinbezieht, so ist festzustellen, dass minderjährige Kassenpatienten, die immerhin ca. 90 % der Patienten ausmachen, häufig auch ohne Mitwirkung der Eltern einen solchen Vertrag abschließen können, weil dieser lediglich rechtlich vorteilhaft i. S. d. § 107 BGB ist. Damit ist der Wertungswiderspruch für den medizinischen Bereich wenigstens teilweise gemindert, wenn auch nicht völlig ausgeräumt.

⁷²⁸ Pawlowski, JZ 2003, 66 (71); ders. in: FS für Hagen, S. 5 (19); Nebendahl, MedR 2009, 197 (205); MünchKomm/Schmitt, BGB, § 105 Rn. 21 f.; Diederichsen in: FS für Hirsch, S. 355 (362 f.); Reipschläger, Die Einwilligung Minderjähriger in ärztliche Heileingriffe und die elterliche Personensorge, S. 202 ff.; Rothärmel, Einwilligung, Veto, Mitbestimmung, S. 231 ff.

⁷²⁹ Das Zusprechen der Alleinzuständigkeit des Minderjährigen zur Einwilligung in medizinische Maßnahmen, habe „die Einführung einer neuartigen Teilmündigkeit eines Minderjährigen“ zur Folge, welche das Elternrecht stark einschränke, vgl. Lipp, Freiheit und Fürsorge, S. 33.

⁷³⁰ Lipp, MedR 2008, 292 (293); ders., Freiheit und Fürsorge, S. 33 f.; siehe auch Pawlowski in: FS für Hagen, S. 5 (14).

⁷³¹ Coester-Waltjen, MedR 2012, 553 (559); MünchKomm/Wagner, BGB, § 823 Rn. 767.

⁷³² Während in Deutschland die Schaffung eines Verbotes von (nicht psychologisch indizierten) Schönheitsoperationen an Minderjährigen im Rahmen des Patientenrechtegesetzes verworfen wurde (zur Diskussion, vgl. Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 12.4.2012, Nr. 86, S. 9 („Union: Schönheits-OP nur noch für Volljährige“) und Spickhoff, NJW 2012, 1773 [1774]), ist in Italien im Jahr 2012 die Brustvergrößerung an Minderjährigen strafgesetzlich verboten worden.

genannt.⁷³³ Dieser Sichtweise scheint der schwierige Ausgleich zwischen Selbstbestimmungsrecht und elterlichem Fürsorgerecht durch die vorgenommene Differenzierung am besten zu gelingen. Problematisch bleibt aber auch bei dieser Ansicht, in welchen Fallgruppen⁷³⁴ genau eine Zustimmung der Eltern zu fordern ist.

Weitere Unsicherheiten in diesem Fragenkomplex hat eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs aus dem Jahre 2006 verursacht.⁷³⁵ In dieser Entscheidung führte der Bundesgerichtshof, nicht entscheidungstragend, aus, dass einem urteilsfähigen Minderjährigen bei relativ indizierten Maßnahmen mit erheblichen Folgen für die künftige Lebensführung ein Vetorecht gegen die Einwilligung der Eltern zustehe. Dabei bleibt unklar, ob der Begriff „urteilsfähig“ mit „einwilligungsfähig“ gleichzusetzen ist. Sollte dies nicht der Fall sein und der Begriff „urteilsfähig“ ein geringeres Erkenntnisvermögen des minderjährigen Patienten voraussetzen, im oben genannten Fall war die Patientin 15 Jahre alt, wäre über das Vetorecht nunmehr auch bei Einwilligungsunfähigkeit des Minderjährigen dessen Wille stärker zu beachten. Die Entscheidung träge dann keine Aussage über die Einwilligungszuständigkeiten bei Einwilligungsfähigkeit des Minderjährigen.

Sind „urteilsfähig“ und „einwilligungsfähig“ hingegen inhaltlich dasselbe, so tendiert der Bundesgerichtshof zu einer Zusammenwirkungslösung zwischen Minderjährigem und seinen Eltern, die sich allerdings dahingehend von der oben dargelegten Konsenslösung unterscheidet, dass keine Einwilligung des Minderjährigen eingeholt werden muss, sondern dieser nur sein Veto einlegen kann. Geht man jedoch von einer Pflicht des Arztes aus, beim Minderjährigen nachzufragen, ob dieser sein Veto einlegen will, so kommt diesem Vetorecht, welches jedenfalls eine Aufklärung des Minderjährigen voraussetzt,⁷³⁶ doch Einwilligungskarakter zu. Weiterhin bleibt ungeklärt, ob dieses Vetorecht nur bei relativ indizierten oder bei allen medizinischen Maßnahmen bestehen soll.⁷³⁷

In Anbetracht all dieser Unklarheiten wird dem Arzt daher weiterhin zu raten sein, bei der Behandlung einwilligungsfähiger Minderjähriger, zumindest wenn es sich nicht lediglich um einen Routineeingriff mit geringem Risiko handelt, sowohl

⁷³³ *Coester-Waltjen*, MedR 2012, 553 (559); *Geiß/Greiner*, Arzthaftpflichtrecht, Kap. C Rn. 115; zu kosmetischen Operationen MünchKomm/Wagner, BGB, § 823 Rn. 767; wohl ebenso *Spickhoff*, NJW 2012, 1773 (1774).

⁷³⁴ Besonders problembehaftet ist die Fallgruppe des Schwangerschaftsabbruchs bei einer Minderjährigen, vgl. dazu näher *Link*, Schwangerschaftsabbruch bei Minderjährigen, S. 83 ff. Eine einzelne Beschäftigung mit den Fallgruppen, in denen ein Mitentscheidungsrecht der Eltern in Frage kommt, kann an dieser Stelle nicht erfolgen. Siehe zu diesem Themenkomplex ausführlich *Rothärmel*, Einwilligung, Veto, Mitbestimmung; *Reipschläger*, Die Einwilligung Minderjähriger in ärztliche Heileingriffe und die elterliche Personensorge.

⁷³⁵ BGH, NJW 2007, 217.

⁷³⁶ BGH, NJW 2007, 217 (218).

⁷³⁷ Zu weiteren Unklarheiten, die diese Entscheidung hinsichtlich der Einwilligung bei der Behandlung Minderjähriger mit sich bringt, *Kern*, LMK 2007, 220412.

die Eltern als auch den Patienten aufzuklären und von beiden Seiten die Einwilligung einzuholen.⁷³⁸

b) Einwilligung bei unter Betreuung stehenden Personen

Soweit unter Betreuung stehende Personen nicht einwilligungsfähig sind, gilt das oben zu einwilligungsunfähigen Minderjährigen Gesagte entsprechend. Sind unter Betreuung stehende Personen hingegen einwilligungsfähig, so sind sie hinsichtlich der Einwilligung in die Behandlung allein zuständig. Eine Mitentscheidungsbefugnis des Betreuers kommt bei einwilligungsfähigen Betreuten nicht in Betracht.⁷³⁹ Ob gemäß § 1903 Abs. 1 BGB (analog)⁷⁴⁰ ein Einwilligungsvorbehalt für die Einwilligung in medizinische Eingriffe zulässig ist, ist umstritten, wird aber von der ganz überwiegenden Meinung abgelehnt.⁷⁴¹

Volljährigen steht – anders als Minderjährigen⁷⁴² – die Verfassung einer Patientenverfügung für den Fall der Einwilligungsunfähigkeit offen. Auf diese Möglichkeit der antizipierten Selbstbestimmung verweist der Gesetzgeber in § 630d Abs. 1 Satz 2 BGB ausdrücklich und stellt sicher, dass nur dann die Einwilligung eines hierzu Berechtigten maßgebend ist, wenn keine Patientenverfügung vorliegt, die auf die konkrete Behandlungssituation zutrifft.⁷⁴³ Der antizipiert geäußerte Patientenwille ist sowohl hinsichtlich der Gestattung einer Maßnahme als auch in Bezug auf eine Untersagung zu beachten. Gestattende Patientenverfügungen, die im Falle ihres Zutreffens auf die konkrete Behandlungssituation eine Einwilligung begründen, sind deutlich seltener als ihre „negativen“ Entsprechungen, welche bestimmen, dass in konkreten Situationen keine medizinischen Maßnahmen, insbesondere keine lebenserhaltenden, vorgenommen werden sollen.⁷⁴⁴ Eine in eine Behandlungsmaßnahme einwilligende Patientenverfügung ist nur dann wirksam, wenn ihr eine ärztliche Aufklärung vorangegangen ist oder wenn ein Aufklärungsverzicht erklärt wird.⁷⁴⁵ Patientenverfügungen, die wegen Nichtvorliegens dieser Voraus-

⁷³⁸ So auch MünchKomm/Wagner, BGB, § 823 Rn. 767; Spickhoff, NJW 2000, 2297 (2300) sieht die Unklarheiten in diesem Bereich für die Ärzteschaft nicht zwingend als Nachteil an, weil diese Unsicherheiten die Grundlage für einen entschuldigenden Verbotsirrtum bilden könnten.

⁷³⁹ So Coester-Waltjen, MedR 2012, 553 (554); Spickhoff, NJW 2000, 2297 (2300).

⁷⁴⁰ Die Vorschrift ist allenfalls analog anwendbar, weil es sich bei einer Einwilligung in eine medizinische Maßnahme nach ganz herrschender Meinung nicht um eine Willenserklärung handelt.

⁷⁴¹ Taupitz, Gutachten A für den 63. DJT (2000), Bd. 1, A 1 (A 63); Spickhoff/Spickhoff, Medizinrecht (Kommentar), § 1903 BGB Rn. 5; vgl. dazu Coester-Waltjen, MedR 2012, 553 (554).

⁷⁴² Siehe zum problematischen Merkmal der „Volljährigkeit“ in § 1901a BGB ausführlich Sternberg-Lieben/Reichmann, NJW 2012, 257.

⁷⁴³ Auf den Zusatz, dass die Patientenverfügung auf die konkrete Lebens- und Behandlungssituation zugeschnitten sein muss, hat der Gesetzgeber im Rahmen des § 630d Abs. 1 BGB verzichtet. Dieser Hinweis, wie er im Referentenentwurf noch zu finden war, ist zu Recht als überflüssig gestrichen worden, weil sich diese Voraussetzung schon aus § 1901a BGB ergibt.

⁷⁴⁴ Olzen, JR 2009, 354 (354 f.); vgl. Lange/Kuchinke, Erbrecht, S. 834.

⁷⁴⁵ Vgl. Gesetzentwurf zum dritten Änderungsgesetz des Betreuungsrechts, BT-Drs. 16/8442, S. 10; BT-Drs. 17/10488, S. 23.

setzungen unwirksam sind, können als Indiz zur Ermittlung des mutmaßlichen Willens des Patienten herangezogen werden.

3. Mutmaßliche Einwilligung (Abs. 1 Satz 4)

Ist aufgrund der Dringlichkeit der medizinischen Maßnahme die Einholung einer Einwilligung nicht möglich, ist auf den mutmaßlichen Willen des Patienten abzustellen. Praktisch relevant ist die Rechtsfigur der mutmaßlichen Einwilligung zum einen im Bereich der akuten Notfallbehandlung und zum anderen bei unvorhersehbaren⁷⁴⁶ und gleichzeitig unaufschiebbaren Operationserweiterungen.⁷⁴⁷ Auf den mutmaßlichen Willen kann nur zurückgegriffen werden, wenn der Patient nicht einwilligungsfähig und ein Einwilligungsberechtigter nicht greifbar ist. Der mutmaßliche Wille des Patienten ist vorrangig aus dessen persönlichen Umständen, Interessen und Wertvorstellungen zu ermitteln.⁷⁴⁸ Dabei sind, soweit es die Umstände zulassen, alle Erkenntnismöglichkeiten auszuschöpfen.⁷⁴⁹ Hierzu zählen insbesondere die Befragung anwesender naher Angehöriger und die Einsichtnahme in persönliche Schriftstücke des Patienten, wie etwa die soeben genannte Patientenverfügung. Ergibt sich bei der Ermittlung des mutmaßlichen Willens des Patienten eine eindeutige Ablehnung der fraglichen Behandlung (etwa einer Bluttransfusion) und ist diese explizit für die konkrete Behandlungssituation geäußert worden, so hat sich der Arzt hieran auch dann zu halten, wenn die Ablehnung aus medizinischer Sicht völlig unverständlich ist.⁷⁵⁰ Nimmt der behandelnde Arzt die Maßnahme dennoch vor, kann vor allem eine strafrechtliche, möglicherweise aber auch eine zivilrechtliche⁷⁵¹ Belangung des Arztes aufgrund einer Unzumutbarkeit normgemäßen Verhaltens ausscheiden.⁷⁵² Lässt sich über den subjektiven Willen des Patienten nicht rechtzeitig Genaueres ermitteln, so kann der Behandelnde davon ausgehen, dass dieser mit der indizierten medizinischen Maßnahme einverstanden ist.⁷⁵³

⁷⁴⁶ Siehe zur Aufklärung über vorhersehbare Operationserweiterungen unten Kap. 3 VI. 2. b).

⁷⁴⁷ MünchKomm/Wagner, BGB, § 823 Rn. 773; Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, Rn. 433.

⁷⁴⁸ BT-Drs. 17/10488, S. 24 mit Verweis auf BGH, VersR 2000, 603 (605); NJW 1977, 337 (338).

⁷⁴⁹ Ausführlich zur Ermittlung des mutmaßlichen Patientenwillens, Killinger, Die Besonderheiten der Arzthaftung im medizinischen Notfall, Rn. 273 ff. und 395.

⁷⁵⁰ Deutsch, NJW 1979, 1905 (1908 f.); Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, Rn. 431.

⁷⁵¹ Siehe dazu OLG München, NJW-RR 2002, 811 (813).

⁷⁵² Zu diesem Themenkomplex weiter etwa Bleiler, Strafbarkeitsrisiken des Arztes bei religiös motiviertem Behandlungsveto, S. 27 ff.; Bender, MedR 1999, 260.

⁷⁵³ BT-Drs. 17/10488, S. 24; siehe auch Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, Rn. 431.

4. Vertraglicher Schmerzensgeldanspruch bei unwirksamer Einwilligung

Beruhet ein Eingriff nicht auf einer wirksamen Einwilligung, ist fraglich, ob und inwieweit der Patient vertragliche⁷⁵⁴ Schmerzensgeldansprüche geltend machen kann. Diese Frage, die sich im Grunde schon vor dem Patientenrechtegesetz gestellt hat, gewinnt durch dieses nochmals an Aktualität. Relativ unproblematisch sind Schmerzensgeldansprüche des Patienten zu bejahen, wenn der Arzt dahingehend eigenmächtig tätig wird, dass er trotz der Möglichkeit der Einholung einer Einwilligung den Eingriff ohne oder gar entgegen einer Absprache mit dem Patienten vornimmt. In derartigen Fällen hat die Rechtsprechung bereits mehrfach dem Patienten Schmerzensgeld zugesprochen.⁷⁵⁵ Häufig handelte es sich dabei um Fälle, bei denen der Eingriff, in den nicht eingewilligt worden war, zu einer Gebärnfähigkeit geführt hat.

Interessanter ist die Frage, ob der Patient, dessen Einwilligung „nur“ aufgrund fehlerhafter Aufklärung unwirksam ist, auch dann Schmerzensgeld beanspruchen kann, wenn er durch den Eingriff keine Gesundheitsschädigungen erlitten hat, die über den (grundsätzlich gewollten) Eingriff als solchen hinausgehen. Die Haftungsvoraussetzungen des § 280 Abs. 1 BGB liegen einschließlich des Verschuldens regelmäßig vor. Die Nichteinholung der wirksamen Einwilligung ist eine Pflichtverletzung. Diese hat der Arzt zumeist auch zu vertreten, zumal gemäß § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB die Verschuldensvermutung gilt. Die entscheidende Voraussetzung ist daher der kausale Schaden. Als Schadensposition könnte der Patient Schmerzensgeld zum einen wegen der erlittenen eingriffsspezifischen Wundschmerzen und zum anderen wegen der Übergehung seines Willens geltend machen.

a) Eingriffsspezifische Wundschmerzen

Schmerzensgeld kann als immaterieller Schaden gemäß § 253 Abs. 1 BGB nur in den gesetzlich geregelten Fällen geltend gemacht werden. Bei Körperschäden sieht § 253 Abs. 2 BGB eine billige Entschädigung auch hinsichtlich der Nichtvermögensschäden vor. Damit kommen die eingriffsspezifischen Wundschmerzen grundsätzlich als Schmerzensgeldposition in Betracht. Die Wundschmerzen müssten jedoch kausal auf der Pflichtverletzung, der Nichteinholung einer wirksamen Einwilligung, beruhen. Die Kausalität, bzw. genauer der Zurechnungszusammenhang, entfällt jedoch, wenn der Patient auch bei ordnungsgemäßer Aufklärung in den Eingriff eingewilligt hätte, sodass ihm die Schmerzen ohnehin entstanden wären. Der Arzt könnte sich insoweit, insbesondere bei zwingender Indikation des

⁷⁵⁴ Zu deliktischen Schmerzensgeldansprüchen ausführlich *G.Müller*, *GesR* 2004, 257 (261); *Kullmann*, *VersR* 1999, 1190.

⁷⁵⁵ BGH, *VersR* 1967, 495 (496); OLG Stuttgart, *VersR* 1989, 1150 (1150f.); OLG Düsseldorf, *VersR* 1995, 1316 (1317).

Eingriffs,⁷⁵⁶ auf ein rechtmäßiges Alternativverhalten berufen und eine Haftung seinerseits schiebe aus.

Die Möglichkeit der Berufung auf rechtmäßiges Alternativverhalten besteht allerdings dann nicht, wenn der Patient mit verständlichen Argumenten darlegen kann, dass er sich bei ordnungsgemäßer Aufklärung in einem Entscheidungskonflikt darüber befunden hätte, ob er den Eingriff, so wie er tatsächlich geschehen ist, vornehmen lassen sollte (echter Entscheidungskonflikt)⁷⁵⁷. An die Substantiierung des echten Entscheidungskonflikts werden relativ geringe Anforderungen gestellt. Dies wird zum einen damit begründet, dass der Schutz des Selbstbestimmungsrechts des Patienten, nicht über die Berufung der Ärzteseite auf rechtmäßiges Alternativverhalten umgangen werden soll.⁷⁵⁸ Zum anderen verändern sich die Risiken des Misslingens eines Eingriffs massiv, wenn ein solcher später oder durch einen anderen Arzt vorgenommen worden wäre.⁷⁵⁹ Letzteres liegt allerdings bei eingriffsspezifischen Wundschmerzen anders. Wundschmerzen unterliegen keinen oder allenfalls sehr geringen Änderungen durch die zeitlichen oder personalen Rahmenbedingungen und sind daher stets gleichermaßen zu ertragen. Der Patient muss daher in dieser Konstellation erhöhten Anforderungen an die Substantiierung des echten Entscheidungskonflikts nachkommen. Er muss Gründe vorbringen, die nahelegen, dass er bei ordnungsgemäßer Aufklärung gänzlich auf den Eingriff verzichtet hätte. Dies wird dem Patienten bei indizierten Eingriffen allenfalls selten gelingen, weshalb ein vertraglicher Schmerzensgeldanspruch gestützt auf erlittene Wundschmerzen regelmäßig ausscheidet. Gleiches muss für den deliktischen Schmerzensgeldanspruch gelten, da auch hier die Berufung des Arztes auf ein rechtmäßiges Alternativverhalten in Betracht kommt.

b) Übergebung des Patientenwillens

Weiterhin könnte ein Patient einen Schmerzensgeldanspruch darauf stützen, dass durch die nicht ordnungsgemäße Aufklärung sein Wille übergegangen worden und damit sein Selbstbestimmungsrecht verletzt worden sei. Die Verletzung des Selbstbestimmungsrechts als Teil des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts gehört nicht zu den gesetzlich geregelten Fällen, in denen immaterielle Schäden geltend gemacht werden können. Es ist jedoch anerkannt, dass § 253 BGB wegen des verfassungsrechtlichen Schutzes des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts (hergeleitet aus Art. 1 Abs. 1 i. V. m. Art. 2 Abs. 1 GG) dahingehend verfassungskonform ausgelegt werden muss, dass zumindest bei schweren Persönlichkeitsrechtsverlet-

⁷⁵⁶ Gerade bei vitaler Indikation des Eingriffs ist wahrscheinlich, dass der Patient auch bei ordnungsgemäßer Aufklärung eingewilligt hätte, denn er hatte gewissenmaßen ohnehin „keine Wahl“, vgl. dazu *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 516.

⁷⁵⁷ *Katzenmeier* in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, Kap. V Rn. 60; *ders.*, Arzthaftung, S. 349.

⁷⁵⁸ BGH, NJW 1991, 1543 (1544); *Steffen/Dressler*, Arzthaftungsrecht, Rn. 443 m. w. N.

⁷⁵⁹ Siehe dazu BGH, NJW 1996, 3073 (3074); *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 520.

zungen die Geltendmachung immaterieller Schäden möglich ist.⁷⁶⁰ Eine solche schwerwiegende Persönlichkeitsrechtsverletzung ist jedoch bei einer fehlerbehafteten Aufklärung bei gleichzeitigem Gelingen des Eingriffs zu verneinen.⁷⁶¹ Das Selbstbestimmungsrecht des Patienten ist nur dann schwerwiegend verletzt, wenn diese Verletzung beim Patienten gleichzeitig zu seelischen oder körperlichen Beeinträchtigungen führt.⁷⁶² Dies liegt darin begründet, dass das Selbstbestimmungsrecht einen engen Bezug zum Interesse auf Wahrung der körperlichen Integrität hat.⁷⁶³ Eine Trennung des Selbstbestimmungsrechts von den Gesundheitsinteressen des Patienten ist daher nicht möglich. Die Nichteinholung der Einwilligung lässt zwar das Risiko des komplikations- oder fehlerbedingten Misslingens eines Eingriffs vollständig auf den Arzt übergehen,⁷⁶⁴ sie hat aber nicht zur Folge, dass der Patient auch bei Gelingen des Eingriffs Schadensersatz in Form von Schmerzensgeld verlangen kann.⁷⁶⁵ Andernfalls wäre eine uferlose Haftung der Ärzte zu befürchten,⁷⁶⁶ welche die Mediziner dazu zwingen würde, zur Vermeidung von Haftungsrisiken eine Aufklärungspraxis zu betreiben, die der Übermaßaufklärung⁷⁶⁷ nahe käme. Damit wäre wiederum auch dem Patienten nicht gedient. Voraussetzung für einen Anspruch des Patienten auf Schmerzensgeld wegen Nichteinholung der Einwilligung ist daher ein Gesundheitsschaden.⁷⁶⁸

Diese Lösung für das Vertragsrecht entspricht der herrschenden Meinung zu dieser Problematik im Deliktsrecht. Entgegen einer in der Minderheit gebliebenen Ansicht führt die fehlerhafte Aufklärung nicht zu einer Haftung aus § 823 Abs. 1 BGB wegen Verletzung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts.⁷⁶⁹ Dies wird von der herrschenden Auffassung damit begründet, dass das Selbstbestimmungsrecht insbesondere bei zwingend indizierten Eingriffen nur geringfügig beeinträchtigt wird und weder die Ausgleichs- noch die Präventionsfunktion des Schmerzens-

⁷⁶⁰ BGH, NJW 1961, 2059 (2060); 1963, 902 (903); Bamberger/Roth/*Spindler*, BGB, § 253 Rn. 24; Palandt/*Grüneberg*, BGB, § 253 Rn. 10.

⁷⁶¹ Anders ist dies bei völligem Fehlen der Absprache zwischen Arzt und Patient über den Eingriff zu beurteilen, vgl. OLG Stuttgart, VersR 1989, 1150 (1150 f.); OLG Düsseldorf, VersR 1995, 1316 (1317).

⁷⁶² Ebenso *G.Müller*, GesR 2004, 257 (261); *Kullmann*, VersR 1999, 1190 (1191).

⁷⁶³ OLG Dresden, NJW 2004, 298 (299); MünchKomm/*Wagner*, BGB, § 823 Rn. 759; *Terbille*, VersR 1999, 235 (236); *Brüggeleier*, Haftungsrecht, S. 492: „körperbezogenes Selbstbestimmungsrecht“.

⁷⁶⁴ OLG Koblenz, GesR 2004, 411 (411); *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 527.

⁷⁶⁵ Ebenso OLG Koblenz, GesR 2004, 411 (411); *Kullmann*, VersR 1999, 1190 (1191).

⁷⁶⁶ So zur deliktsrechtlichen Haftung BGH, NJW 2008, 2344 (2345); *G.Müller*, GesR 2004, 257 (261) befürchtet bei Zulassung derartiger Schmerzensgeldansprüche eine „unabsehbare Ausuferung des Persönlichkeitsrechts“.

⁷⁶⁷ Bei tatsächlicher Übermaßaufklärung ist der Arzt, der aufgrund der vermittelten Informationsflut den Patienten gar nicht mehr erreichen kann, so zu behandeln als hätte er gar nicht aufgeklärt, vgl. dazu *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 510; *Deutsch*, NJW 1980, 1305 (1308).

⁷⁶⁸ So ausdrücklich für das Deliktsrecht BGH, NJW 2008, 2344 (2345); ebenso *Geiß/Greiner*, Arzthaftpflichtrecht, Kap. C Rn. 2.

⁷⁶⁹ OLG Jena, VersR 1998, 586; *Hart* in: FS für Heinrichs, S. 291 (308 ff.); *Wietböller* in: Die Aufklärungspflicht des Arztes, S. 71 (106 ff.).

geldes das Bestehen derartiger Ansprüche erfordert.⁷⁷⁰ Daneben wird auch im Rahmen des Deliktsrechts eine Abstrahierung des Selbstbestimmungsrechts von seinem Objekt, der körperlichen Unversehrtheit, als nicht überzeugend angesehen.⁷⁷¹ Demzufolge wird auch im Deliktsrecht von der herrschenden Ansicht ein Gesundheitsschaden als Voraussetzung für einen Haftungsanspruch verlangt.⁷⁷²

5. Änderungen an § 630d BGB im Verlauf des Gesetzgebungsprozesses

a) Der Begriff der „medizinischen Maßnahme“ in § 630d Abs. 1 Satz 1 BGB

§ 630d BGB wurde im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens an einigen Stellen abgeändert. Der enge Begriff des „Eingriffs“ in § 630d Abs. 1 Satz 1 BGB i. d. F. des Referentenentwurfs wurde durch die offenere Formulierung „medizinische Maßnahme“ ersetzt. Diese Umformulierung macht deutlich, dass die Einwilligungspflicht – wie es der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs entspricht⁷⁷³ – für sämtliche medizinischen Behandlungen gilt, unabhängig davon, ob sie Eingriffscharakter aufweisen oder nicht. Beispiele für medizinische Maßnahmen, die nicht als Eingriff aufzufassen sind, von der Rechtsprechung aber als einwilligungsbedürftig angesehen wurden, sind etwa die konservative Behandlung einer Fraktur⁷⁷⁴ und die vaginale Entbindung.⁷⁷⁵ Die Einwilligungspflichtigkeit dieser medizinischen Maßnahmen ergab sich in den Fällen des Bundesgerichtshofs daraus, dass alternative Behandlungsmethoden zur Verfügung standen. Als Alternative zur konservativen Behandlung einer Fraktur stand eine operative Einrichtung derselben offen, der vaginalen Entbindung stand die Schnittentbindung als Alternative gegenüber. Zwar kann der Arzt grundsätzlich aufgrund seiner Therapiefreiheit die anzuwendende Methode nach pflichtgemäßem Ermessen selbst wählen,⁷⁷⁶ weisen die gleichermaßen indizierten und üblichen Methoden aber unterschiedliche Belastungen, Risiken oder Heilungschancen auf, wie es in den Entscheidungen der Fall war, so gebietet das Selbstbestimmungsrecht des Patienten, diesem die Auswahl zu überlassen.⁷⁷⁷ Da das Selbstbestimmungsrecht über den Therapieverlauf unabhängig vom Eingriffscharakter der Maßnahme gewahrt werden muss, hat der Bundesgerichtshof auch bei konservativen Behandlungen eine

⁷⁷⁰ MünchKomm/Wagner, BGB, § 823 Rn. 878; Terbill, VersR 1999, 235 (236).

⁷⁷¹ KG, VersR 2004, 1230 (1231); Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, Rn. 528; MünchKomm/Wagner, BGB, § 823 Rn. 759.

⁷⁷² BGH, NJW 2008, 2344 (2345); OLG Koblenz, GesR 2004, 411 (411); G.Müller, GesR 2004, 257 (261); siehe auch Spickhoff, NJW 2005, 1694 (1698).

⁷⁷³ Siehe BGH, MedR 2012, 456 (457 f.); NJW 2005, 1718 (1719); NJW 1989, 1538 (1539).

⁷⁷⁴ BGH, MedR 2012, 456 (457 f.); NJW 2005, 1718 (1719); OLG Braunschweig, Nds. Rpfl. 2008, 99 (99 f.); anders noch OLG Hamm, AHRS 5000/10; OLG Nürnberg, MedR 2001, 577 (578).

⁷⁷⁵ BGH, NJW-RR 2011, 1173 (1173); NJW 1989, 1538 (1539); OLG Köln, VersR 1988, 1185 (1186).

⁷⁷⁶ BGH, NJW 2006, 2477 (2478); NJW 1988, 763 (764); NJW 1982, 2121 (2122).

⁷⁷⁷ BGH, NJW 2004, 3703 (3704); NJW 2000, 1788 (1789); NJW 1992, 2353 (2354).

Einwilligung des Patienten mit vorangegangener Selbstbestimmungsaufklärung für nötig gehalten. Dem ist der Gesetzgeber in § 630d Abs. 1 Satz 1 BGB mit der Erstreckung der Reichweite der Einwilligungspflicht auf sämtliche medizinischen Maßnahmen gefolgt.

b) Einfügung von § 630d Abs. 1 Satz 3 und Abs. 3 BGB

Erst im Verlaufe des Gesetzgebungsprozesses wurde § 630d Abs. 1 Satz 3 BGB eingefügt. Diese Regelung stellt ausdrücklich klar, dass von § 630d BGB weitergehende Anforderungen an die Einwilligung aus anderen Vorschriften unberührt bleiben. Derartige Anforderungen sind etwa das betreuungsgerichtliche Genehmigungserfordernis gemäß der §§ 1904 ff. BGB und das Schriftformerfordernis der Einwilligung nach § 8 Abs. 1 GenDG.⁷⁷⁸ Weiterhin wurde erst nachträglich eine Regelung zum Widerruf der Einwilligung in das Gesetz aufgenommen (§ 630d Abs. 3 BGB). Dies geschah auf Anregung der juristischen Literatur⁷⁷⁹ und war in Anbetracht dessen, dass der Gesetzgeber in den §§ 630a ff. BGB ein möglichst vollständiges Bild des geltenden Arzthaftungsrechts zeichnen wollte, auch sinnvoll. Inhaltlich ändert sich durch diese Regelung nichts. Die teilweise vorgebrachte Kritik, die Formulierung „jederzeit“ sei unglücklich, weil dies nicht hinreichend zum Ausdruck bringe, dass ein rückwirkender Widerruf der Einwilligung nicht möglich ist,⁷⁸⁰ ist nicht überzeugend. Einerseits ist nämlich ohnehin allgemein anerkannt, dass ein Widerruf nach Durchführung der medizinischen Maßnahme nicht in Betracht kommt.⁷⁸¹ Andererseits entspricht die gewählte Formulierung dem § 1901a Abs. 1 Satz 3 BGB für die Patientenverfügung. Auch bei der Patientenverfügung ist ein rückwirkender Widerruf nach Vornahme der fraglichen Handlung⁷⁸² – teilweise schon denknotwendig – ausgeschlossen.

6. § 630d BGB als Rechtfertigungsgrund im Strafrecht

Die Einwilligung stellt nicht nur im Deliktsrecht, sondern auch im Strafrecht einen Rechtfertigungsgrund dar. Daher sind die §§ 630d und 630e BGB mit ihren inhaltlichen Kriterien auch für die strafrechtrechtliche Einwilligung und Aufklärung zu beachten. Dafür spricht zum einen schon das Prinzip der Einheit der

⁷⁷⁸ Bei gendiagnostischen Maßnahmen bei einwilligungsunfähigen Patienten sind zudem weitere Voraussetzungen zu beachten, siehe § 14 GenDG.

⁷⁷⁹ Insbesondere *Katzenmeier* sprach sich deutlich für die Schaffung dieser Regelung aus, vgl. *Katzenmeier*, NJW-Editorial Heft 6/2012; gewissermaßen Vollzug meldend *ders.*, MedR 2012, 576 (581). Als diesbezügliche Anregung war aber auch der Gesetzesvorschlag von *Kubella*, der eine solche Regelung enthielt, zu verstehen, *Kubella*, Patientenrechtegesetz, S. 108 und 145 ff.

⁷⁸⁰ Stellungnahme des Bundesrates zum Patientenrechtegesetz, BT-Drs. 17/10488, S. 41.

⁷⁸¹ So ebenfalls *Spickhoff*, AcP 208, 345 (386) mit Bezug zu § 142 BGB.

⁷⁸² Etwa Einstellen lebenserhaltender Maßnahmen.

Rechtsordnung.⁷⁸³ Zum anderen folgt dies daraus, dass der Gesetzgeber bei der Schaffung der §§ 630a ff. BGB seinen Blick nicht auf das Zivilrecht beschränkt hat, sondern, wie das Beweisverwertungsverbot des § 630c Abs. 2 Satz 3 BGB zeigt, auch strafrechtliche Aspekte mitbedacht hat. Dass zivilrechtliche Normen strafrechtsrelevante Rechtfertigungsgründe enthalten, ist zudem keine Neuerung, sondern etwa bei den §§ 228 und 904 BGB seit langem anerkannt.⁷⁸⁴

Der Gesetzgeber hätte allerdings die Bedeutung der §§ 630d und 630e BGB für das Strafrecht in der Gesetzesbegründung festhalten sollen.⁷⁸⁵ Dies mag zwar auf den ersten Blick überflüssig erscheinen, die Erfahrung lehrt aber, dass nicht ausnahmslos davon auszugehen ist, dass sich Strafgerichte dem Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung verpflichtet fühlen. Dies zeigt eine jüngere Entscheidung des II. Strafsenats des Bundesgerichtshofs zur Sterbehilfe.⁷⁸⁶ In diesem Urteil hat der II. Strafsenat entschieden, dass die strafrechtliche „Rechtfertigung von Tötungshandlungen nicht nur als zivilrechtsakzessorisches Problem behandelt werden“ dürfe, sondern eine „strafrechts-spezifische Frage“ darstelle, weshalb die im Fall relevanten §§ 1901a ff. BGB⁷⁸⁷ nur „berücksichtigt“ werden müssten.⁷⁸⁸ Diese Rechtsprechung hat der II. Strafsenat des Bundesgerichtshofs erfreulicherweise inzwischen wie folgt korrigiert: „Im Übrigen weist der *Senat* darauf hin, dass in Fällen, in denen zukünftig ein rechtfertigender Behandlungsabbruch (...) in Rede steht, die Voraussetzungen der §§ 1901a, 1901b BGB zu beachten sein werden.“⁷⁸⁹ Diese Einsicht hält die Hoffnung am Leben, dass, nachdem der Gesetzgeber davon abgesehen hat, auf die Bedeutung der §§ 630d f. BGB für das Strafrecht hinzuweisen, die Strafgerichte zukünftig von sich aus stets geltendes (Zivil-)Recht beachten und nicht nur „berücksichtigen“.

VI. Selbstbestimmungsaufklärung und Erläuterungspflicht, § 630e BGB

In § 630e BGB ist die Selbstbestimmungsaufklärung geregelt. Absatz 1 beschäftigt sich mit dem Inhalt der Aufklärungspflicht, wobei zahlreiche für die Einwilligungentscheidung des Patienten wesentliche Umstände aufgeführt werden. Absatz 2 befasst sich mit den Modalitäten der Aufklärung und trifft dabei Regelungen zur Person des Aufklärenden sowie zur Rechtzeitigkeit und Verständlichkeit

⁷⁸³ Hierzu und zum Folgenden *Spickhoff*, ZRP 2012, 65 (68); *ders.*, VersR 2013, 267 (282); *Lechner*, MedR 2013, 429 (430).

⁷⁸⁴ *Wessels/Beulke*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Rn. 290 ff.

⁷⁸⁵ Ebenso *Spickhoff*, ZRP 2012, 65 (68).

⁷⁸⁶ BGH, NJW 2010, 2963. Auf diese Entscheidung in diesem Kontext ebenfalls hinweisend *Spickhoff*, ZRP 2012, 65 (68); *Lechner*, MedR 2013, 429 (430).

⁷⁸⁷ Die §§ 1901a ff. BGB galten allerdings zum fraglichen Zeitpunkt noch nicht.

⁷⁸⁸ BGH, NJW 2010, 2963 (2966).

⁷⁸⁹ BGH, NJW 2011, 161 (162).

der Aufklärung. In Absatz 3 werden Ausnahmetatbestände aufgegriffen, in denen eine Aufklärung nicht erforderlich ist. Abschließend bestimmen Absätze 4 und 5, dass im Falle der Einwilligungsunfähigkeit des Patienten der zur Einwilligung Berechtigte aufzuklären ist und dem Einwilligungsunfähigen nach seinen Verständnismöglichkeiten die wesentlichen Behandlungsumstände erläutert werden müssen.

1. Inhalt der Aufklärung (Abs. 1)

Zunächst stellt der Wortlaut „ist verpflichtet“ in Absatz 1 Satz 1 klar, dass es sich bei der Selbstbestimmungsaufklärung um eine vertragliche Pflicht des Arztes handelt.⁷⁹⁰ Da der Arzt ohnehin schon zur Einholung einer wirksamen Einwilligung verpflichtet ist und hierzu eine ordnungsgemäße Selbstbestimmungsaufklärung erforderlich ist, überschneiden sich die vertraglichen Pflichten aus § 630d Abs. 1 und § 630e Abs. 1 BGB. Im Falle einer Aufklärungspflichtverletzung kann der Patient einen vertraglichen Haftungsanspruch daher wahlweise auf die Nichteinholung einer wirksamen Einwilligung oder direkt auf die Verletzung der ärztlichen Aufklärungspflicht stützen. Da der Umweg über die Einwilligung im Vertragsrecht nicht erforderlich ist, kann dort auf diesen verzichtet werden. Anders ist dies im Deliktsrecht, in welchem die Selbstbestimmungsaufklärung als Voraussetzung der rechtfertigenden Einwilligung Bedeutung erlangt.⁷⁹¹

Der Gesetzgeber umschreibt in Absatz 1 Satz 2 und Satz 3 relativ detailliert die Arten der Selbstbestimmungsaufklärung. Grund für diese sehr ausführliche Regelung, die für das Bürgerliche Gesetzbuch, welches grundsätzlich ein hohes Abstraktionsniveau einhält,⁷⁹² untypisch ist, ist das Bestreben des Gesetzgebers, die facettenreiche Judikatur im Bereich der Aufklärungspflichten im Gesetz angemessen abzubilden. Die Übernahme der Rechtsprechung wird weitgehend als gelungen angesehen.⁷⁹³ Kritik regt sich allein insoweit, als die Verlaufsaufklärung im Sinne einer Information über die Entwicklung der Erkrankung im Falle ihrer Behandlung bzw. ihrer Nichtbehandlung in § 630e Abs. 1 Satz 2 BGB nicht ausdrücklich angesprochen wird.⁷⁹⁴ Dem ist aber zu entgegen, dass diese Art der Aufklärung bereits durch die genannten einwilligungswesentlichen Umstände

⁷⁹⁰ Zur alten Rechtslage ebenso *Borgmann*, NJW 2010, 3190 (3190); vgl. auch *Geiß/Greiner*, Arzthaftpflichtrecht, Kap. C Rn. 2; zur neuen Rechtslage *Olsen/Metzmacher*, JR 2012, 271 (274).

⁷⁹¹ A. A. *Hart* in: FS für Heinrichs, S. 291 (308 ff.), der in der Aufklärungspflichtverletzung im Deliktsrecht eine eigenständige Verletzung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts sieht.

⁷⁹² Ausnahmen hierzu sind europarechtsumsetzende Normen.

⁷⁹³ *Tamm*, VuR 2012, 245 (246); vgl. auch *Wagner*, VersR 2012, 789 (793): „die einschlägige Rechtsprechung des BGH [wird] kodifiziert“.

⁷⁹⁴ So *Hart*, GesR 2012, 385 (386); vgl. dazu auch *Rehborn*, MDR 2013, 497 (499); siehe allgemein zur Verlaufsaufklärung *Laufs* in: *Laufs/Kern*, Handbuch des Arztrechts, § 59 Rn. 16; *Deutsch/Spickehoff*, Medizinrecht, Rn. 437.

hinreichend zum Ausdruck kommt.⁷⁹⁵ Zum einen muss ausdrücklich „über die Folgen“ der Maßnahme aufgeklärt werden. Zum anderen setzt die Aufklärung über die „Notwendigkeit“ und „Eignung“ einer medizinischen Maßnahme zwingend einen – dem Patienten offenzulegenden – Vergleich mit der Lage bei Nichtbehandlung voraus.

Einen eigenen Satz innerhalb des Absatzes 1 widmet der Gesetzgeber der praxisrelevanten Alternativaufklärung. Dabei übernimmt er in der Frage, wann über Alternativen aufgeklärt werden muss, wortgleich die Formulierung der ständigen Rechtsprechung.⁷⁹⁶ Dass der Gesetzgeber der Rechtsprechung folgend dabei die „Üblichkeit“ der Methode voraussetzt, wird von der Literatur zum Teil als unscharf kritisiert.⁷⁹⁷ Durch die Wahl dieser Begrifflichkeit stellt der Normgeber jedoch zu Recht klar, dass über Behandlungsalternativen nur aufgeklärt werden muss, wenn diese dem medizinischen Standard zuzurechnen sind. Der Arzt muss nicht ungefragt über noch in der Erprobung befindliche Therapiealternativen aufklären.⁷⁹⁸

Nicht näher geht der Gesetzgeber auf die Frage ein, ob und unter welchen Voraussetzungen ein Arzt auf eine bessere technisch-apparative oder personelle Ausstattung eines anderen Krankenhauses hinweisen muss („einrichtungsbezogene Alternativaufklärung“).⁷⁹⁹ Bei dieser Fragestellung stehen sich das Selbstbestimmungsrecht des Patienten und ökonomische Überlegungen⁸⁰⁰ des Arztes bzw. Krankenhauses konfligierend gegenüber.⁸⁰¹ Bei einer Abwägung dieser Belange ist dem Interesse des Patienten an einer optimalen Selbstbestimmung der Vorrang einzuräumen.⁸⁰² Dies hat auch die Rechtsprechung erkannt. Sie stellt allerdings relativ geringe Anforderungen an diese Form der Aufklärung.⁸⁰³ Eine Information über eine bessere Ausstattung einer anderen Einrichtung ist danach nur dann erforderlich, wenn sich aus den besseren Behandlungsbedingungen in der anderen Klinik deutlich größere Heilungschancen ergeben.⁸⁰⁴ Nicht erforderlich sei hinge-

⁷⁹⁵ Ebenso allerdings ohne Begründung *Katzenmeier*, MedR 2012, 576 (582); *Reuter/Hahn*, VuR 2012, 247 (252).

⁷⁹⁶ BGH, NJW 2005, 1718 (1718); NJW 2000, 1788 (1789); NJW 1992, 2353 (2354).

⁷⁹⁷ So *Hart*, GesR 2012, 385 (386); *Katzenmeier*, NJW 2013, 817 (818).

⁷⁹⁸ BT-Drs. 17/10488, S. 24; für die alte Rechtslage LG Koblenz, VersR 1994, 1349 (1349); *Laufs* in: *Laufs/Kern*, Handbuch des Arztrechts, § 60 Rn. 4.

⁷⁹⁹ Das Fehlen einer Stellungnahme zu dieser Frage wenigstens in der Gesetzesbegründung bemängelnd *Neelmeier*, NJW 2013, 2230 (2231 ff.).

⁸⁰⁰ Die wirtschaftliche Relevanz der beschriebenen Form der Alternativaufklärung ergibt sich für Ärzte bzw. Krankenhausträger daraus, dass diese einerseits ihre Patienten nicht an andere Einrichtungen „verlieren“ wollen, andererseits aber auch nicht (stets) in neueste Geräte investieren können.

⁸⁰¹ *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 453.

⁸⁰² Ebenso, allerdings in etwas anderem Zusammenhang *G.Müller* in: FS für E.Lorenz, S. 475 (496); *dies.*, GesR 2004, 257 (264 f.).

⁸⁰³ *Katzenmeier* in: *Laufs/Katzenmeier/Lipp*, Arztrecht, Kap. V Rn. 29; *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 453.

⁸⁰⁴ BGH, NJW 1989, 2321 (2322); NJW 1988, 2302 (2302); NJW 1984, 655 (657).

gen der allgemeine Hinweis darauf, dass die Behandlungsbedingungen in einem Kreiskrankenhaus aufgrund der qualitativ minderen, dem Facharztstandard aber entsprechenden apparativen Ausstattung schlechter sind als in einer Spezialklinik.⁸⁰⁵ Die Judikatur kann mangels gegenteiliger Äußerungen des Gesetzgebers an dieser Rechtsprechungslinie festhalten. Allerdings steht es den Gerichten durch dieses gesetzgeberische Unterlassen auch offen, die Anforderungen an die Pflicht zur einrichtungsbezogenen Alternativaufklärung zu erhöhen. Dies erscheint in Anbetracht des hohen Gewichts des Selbstbestimmungsrechts im Vergleich zu den finanziellen Interessen des Arztes bzw. Krankenhauses zumindest denkbar.⁸⁰⁶

Gerade unter Berücksichtigung der Detailtiefe des Absatzes 1 überrascht es, dass der Gesetzgeber im Wortlaut der Norm nicht darauf eingeht, dass der Umfang der Aufklärung sich erhöht, je weniger dringlich eine Maßnahme bzw. je geringer die Heilungsaussichten sind.⁸⁰⁷ Die Gesetzesbegründung behandelt diese Frage, verkürzt und systematisch etwas deplatziert, im Rahmen der Ausführungen zur Verständlichkeit der Aufklärung.⁸⁰⁸ Dort weist der Gesetzgeber unter anderem darauf hin, dass im Falle einer kosmetischen Operation schonungslos über deren Risiken aufgeklärt werden muss.⁸⁰⁹ Auch ohne ein ausdrückliches Eingehen des Gesetzgebers auf das antiproportionale Verhältnis zwischen Dringlichkeit bzw. Heilungsaussichten der Maßnahme einerseits und dem Umfang der Aufklärung andererseits ist von der Fortgeltung dieses Grundsatzes auszugehen.

Wie die Formulierung „insbesondere“ anzeigt, ist die Aufzählung in § 630e Abs. 1 BGB nicht abschließend. Einerseits vermeidet der Gesetzgeber damit, dass Rechtsprechung und Literatur aus der Nichtaufzählung einer Facette der Selbstbestimmungsaufklärung möglicherweise auf die Nichtfortgeltung dieser Fallgruppe schließen. Andererseits soll, wie der Gesetzgeber in den Gesetzesmaterialien explizit ausführt, durch diese Wortwahl den Gerichten ein angemessener Spielraum belassen werden, neue Aufklärungspflichten zu schaffen bzw. bestehende zu modifizieren.⁸¹⁰

2. Formelle Anforderungen an die Umstände der Aufklärung (Abs. 2)

a) Mündlichkeit der Aufklärung und Person des Aufklärenden (Nr. 1)

Nach § 630e Abs. 2 Nr. 1 BGB hat die Aufklärung mündlich zu erfolgen. Das Aufklärungsgespräch, in welchem dem Patienten die Möglichkeit zu Nachfragen

⁸⁰⁵ BGH, NJW 1982, 2121 (2123).

⁸⁰⁶ Ebenso *Neelmeier*, NJW 2013, 2230 (2231 ff.) *passim*.

⁸⁰⁷ BGH, MedR 2011, 809 (810); NJW 1991, 2349; *Lechner*, MedR 2013, 429 (431); *Geiß/Greiner*, *Arzthaftpflichtrecht*, Kap. C Rn. 8.

⁸⁰⁸ BT-Drs. 17/10488, S. 25.

⁸⁰⁹ BT-Drs. 17/10488, S. 25.

⁸¹⁰ *Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Gesundheit zum Patientenrechtegesetz v. 28.11.2012*, BT-Drs. 17/11710, S. 28.

zu geben ist, soll in der Regel im persönlichen Gespräch erfolgen. Bei einfach gelagerten Fällen ist es allerdings auch möglich, dass ein Patient fernmündlich aufgeklärt wird.⁸¹¹ Die geforderte Mündlichkeit schließt weiterhin nicht aus, dass im Gespräch ergänzend auf Unterlagen Bezug genommen wird.⁸¹²

Das Aufklärungsgespräch soll vorrangig von demjenigen geführt werden, der die medizinische Maßnahme vornimmt. Eine Delegation an andere Personen ist aber möglich, soweit diese über die zur Durchführung der Maßnahme erforderliche Ausbildung verfügen.⁸¹³ Dabei ist nicht erforderlich, dass, wie es noch im Referentenentwurf⁸¹⁴ hieß, der Aufklärende „am Eingriff beteiligt“ ist. Fraglich ist aber, welche Personen die Voraussetzung der „notwendigen Ausbildung“ erfüllen. Unproblematisch gehört das nichtärztliche Personal nicht zu diesem aufklärungsberechtigten Personenkreis.⁸¹⁵ Dies war auch schon in der bisherigen Rechtsprechung⁸¹⁶ und Literatur⁸¹⁷ anerkannt. *Wagner* hält dagegen die Delegation der Aufklärung an nichtärztliches Personal nach bisheriger Rechtslage nicht für ausgeschlossen und geht daher davon aus, dass § 630e Abs. 2 Nr. 1 BGB insoweit eine „neue“ Regelung beinhaltet.⁸¹⁸ Er ist der Ansicht, dass eine derartige Beschränkung des aufklärungsberechtigten Personenkreises auf das ärztliche Personal in Zeiten der Ressourcenknappheit im Gesundheitswesen nicht angebracht sei.⁸¹⁹ Dem kann allerdings entgegengehalten werden, dass die Aufklärung eine der zentralen ärztlichen Pflichten darstellt⁸²⁰ und eine Übertragung des vertrauensschaffenden Aufklärungsgesprächs auf Arzthelfer nicht dem Leitbild des Arzt-Patienten-Verhältnisses als Vertrauensbeziehung gerecht wird.

Fraglich ist weiterhin, ob sämtliches ärztliches Personal zur Aufklärung berechtigt ist. An dieser Stelle muss eine Änderung des Gesetzestextes berücksichtigt werden. Nach einer älteren Formulierung des § 630e Abs. 2 Nr. 1 BGB, wie sie

⁸¹¹ BT-Drs. 17/10488, S. 24; als Nachweis der entsprechenden Rechtsprechung siehe BGH, NJW 2010, 2430 (2432).

⁸¹² Selbstverständlich soll durch den Verweis auf schriftliche Unterlagen nicht im Umkehrschluss die ergänzende Verwendung anderer Medien, insbesondere die Nutzung von Modellen und Videos, ausgeschlossen werden (siehe dazu *Reuter/Hahn*, VuR 2012, 247 [252 f.]). Diese dürfen aber das Gespräch nicht ersetzen, sondern nur ergänzen.

⁸¹³ Der Vorrang der Aufklärung durch den die Behandlung Durchführenden gegenüber der Aufklärung durch eine andere (hierzu geeignete) Person wird im Gesetzestext nicht deutlich. Die Gesetzesbegründung weist hierauf aber ausdrücklich hin, vgl. BT-Drs. 17/10488, S. 24.

⁸¹⁴ Referentenentwurf zum Patientenrechtegesetz, S. 6.

⁸¹⁵ Vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Gesundheit zum Patientenrechtegesetz v. 28.11.2012, BT-Drs. 17/11710, S. 29.

⁸¹⁶ BGH, NJW-RR 2007, 310 (310 f.); OLG Karlsruhe, NJW-RR 1998, 459 (461); siehe die weiteren Nachweise bei *Geiß/Greiner*, Arzthaftpflichtrecht, Kap. C Rn. 106.

⁸¹⁷ *Katzenmeier* in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, Kap. V Rn. 38 m. w. N.; *Kubella*, Patientenrechtegesetz, S. 149 m. w. N.

⁸¹⁸ *Wagner*, VersR 2012, 789 (793).

⁸¹⁹ *Wagner*, VersR 2012, 789 (793).

⁸²⁰ *Katzenmeier* in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, Kap. V Rn. 38; vgl. auch *Laufs* in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 62 Rn. 1.

noch im Regierungsentwurf enthalten war,⁸²¹ musste der Aufklärende nicht über die zur Durchführung der Maßnahme „notwendige Ausbildung“ sondern über die hierzu „notwendige Befähigung“ verfügen. Bei Verwendung des Begriffs „Befähigung“ stellte sich die Frage, ob der Aufklärende nur theoretisch oder auch praktisch zur Vornahme der Maßnahme befähigt sein muss.⁸²² Wäre die praktische Befähigung gefordert gewesen, so wären vielfach nur Fachärzte aufklärungsbe-rechtigt gewesen. Dem hätte die tatsächliche Erfahrung entgegengestanden, dass auch Assistenzärzte aufgrund ihrer theoretischen Kenntnisse regelmäßig in der Lage sind ein ordnungsgemäßes Aufklärungsgespräch zu führen.⁸²³ Daher wäre der Personenkreis der aufklärungsberechtigten Personen ohne Not zu sehr eingegrenzt worden, was erhebliche Schwierigkeiten im Klinikalltag mit sich gebracht hätte.⁸²⁴ Daher hat der Gesetzgeber durch die Änderung des Wortlauts in „notwendige Ausbildung“ und durch explizite Hinweise in der Gesetzesbegründung festgelegt, dass aufklärungsberechtigt ist, wer über die theoretischen Kenntnisse zur Vornahme der medizinischen Maßnahme verfügt.⁸²⁵ Diese Bestimmung des aufklärungsberechtigten Personenkreises entspricht auch der nicht allzu strengen bisherigen Rechtsprechung, die auch Ärzte im Praktikum⁸²⁶ in konkreten Fällen als zulässige Aufklärungspersonen angesehen hat.⁸²⁷

Sofern im Rahmen eines Eingriffs medizinische Maßnahmen aus unterschiedlichen Fachbereichen vorgenommen werden, ist jeder Arzt bezüglich der von ihm durchgeführten Anteile aufklärungspflichtig. Dies bedeutet etwa, dass ein Chirurg über die Risiken der Operation und ein Anästhesist über die Gefahren der Narkose aufklären muss⁸²⁸.

⁸²¹ BT-Drs. 17/10488, S. 6.

⁸²² Siehe dazu *Vavra*, Stellungnahme zum Patientenrechtegesetz im Rechts- und Gesundheitsausschuss vom 22.10.2012, Ausschussdrucksache 17(14)0326(21), S. 5.

⁸²³ *Vavra*, Stellungnahme zum Patientenrechtegesetz im Rechts- und Gesundheitsausschuss vom 22.10.2012, Ausschussdrucksache 17(14)0326(21), S. 5.

⁸²⁴ Vgl. dazu die schon angesprochenen Einwände *Wagners* (*Wagner*, VersR 2012, 789 [793]).

⁸²⁵ *Hart* (MedR 2013, 1159 [162]) verlangt vergleichbar zur Anfängeroperation, dass der Auszubildende zunächst beim Aufklärungsgespräch durch einen Facharzt überwacht wird. Erst nach dieser „Qualitätskontrolle“, die wohl für jeden einzelnen Operationstyp stattfinden müsste, sei der auszubildende Arzt zur selbstständigen Aufklärung in der Lage. Diese Sichtweise geht über die Anforderungen des Gesetzgebers hinaus und wäre im Klinikalltag ohne zusätzliches fachärztliches Personal kaum durchzuführen. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang allerdings die Entscheidung BGHZ 169, 364 (368 f.). Dieses Urteil betrifft aber den Sonderfall der Aufklärung bei einer ganz besonders seltenen und diffizilen Operation und kann daher nicht als allgemeiner Maßstab über die Delegation eines Aufklärungsgesprächs herangezogen werden.

⁸²⁶ Diese Rechtsprechung ist nicht ohne weiteres auf Studenten im Praktischen Jahr übertragbar. Diese haben die Ausbildung noch nicht durch die Ablegung eines Staatsexamens abgeschlossen.

⁸²⁷ OLG Stuttgart, OLGR Stuttgart 2003, 289 (289); OLG Karlsruhe, OLGR Karlsruhe 2001, 147 (148).

⁸²⁸ BT-Drs. 17/10488, S. 24. Dies entspricht der bisherigen Rechtslage, siehe *Katzenmeier* in: *Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht*, Kap. V Rn. 38.

b) *Rechtzeitigkeit der Aufklärung (Nr. 2)*

Zur Wahrung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten ist weiterhin erforderlich, dass die Aufklärung so rechtzeitig erfolgt, dass der Patient seine Entscheidung über die Einwilligung wohlüberlegt treffen kann. § 630e Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 BGB enthält keine konkreten zeitlichen Vorgaben⁸²⁹ und steht damit im Gegensatz zu einem Gesetzesvorschlag des Verbraucherzentrale Bundesverband e.V., der für chirurgische Eingriffe eine Aufklärung am Vortag des Eingriffs bis 18.00 Uhr vorsah.⁸³⁰ Da sich die Frage der Rechtzeitigkeit der Aufklärung stets nach der konkreten Behandlungssituation und -art richtet⁸³¹, erscheint eine zeitliche Vorgabe für eine einzelne Eingriffsart wenig gewinnbringend.⁸³² Daher ist die Entscheidung des Gesetzgebers zu Gunsten einer offenen Formulierung zu befürworten. Diese muss anhand der bisherigen Rechtsprechung zur Rechtzeitigkeit der Aufklärung ausgelegt werden. Bei operativen Eingriffen wird, abgesehen von Notfällen und Sondersituationen, eine Aufklärung am Vortag gefordert, wobei eine Aufklärung erst am Vorabend häufig als verspätet zu werten sein wird.⁸³³ Insofern kann die vom Verbraucherzentrale Bundesverband e.V. genannte Regelung als inhaltlich richtig angesehen werden. Bei normalen ambulanten und diagnostischen Maßnahmen ist hingegen grundsätzlich eine Aufklärung am Tage der Maßnahme ausreichend.⁸³⁴ Wünscht der Patient eine sofortige Operation und können daher die einzuhaltenden Fristen nicht gewahrt werden, genügt auch eine Aufklärung, die die üblichen Fristen unterschreitet, wenn es dem Patienten möglich bleibt, doch noch vom Eingriff Abstand zu nehmen.⁸³⁵ Gleichermäßen darf eine Aufklärung nicht zu früh erfolgen. Eine solche Aufklärungspraxis führt zu einer unnötigen Verunsicherung des Patienten und kann das Selbstbestimmungsrecht des Patienten nicht wahren, da sie aufgrund der zeitlichen Entfernung zum Eingriff noch relativ theoretisch gehalten werden muss.⁸³⁶ Leider hat der Gesetzgeber es unterlassen, in der Gesetzesbegründung auf diese Fallgruppe hinzuweisen. Es sind

⁸²⁹ Insoweit übereinstimmend der Gesetzesvorschlag von *Kubella*, Patientenrechtegesetz, S. 109.

⁸³⁰ *Verbraucherzentrale Bundesverband e.V.*, Elemente eines Patientenrechte- und Informationsgesetzes, S. 35.

⁸³¹ *Hassner*, VersR 2013, 23 (30); *Rohde*, VersR 1995, 391 (392); *Katzenmeier* in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, *Arztrecht*, Kap. V Rn. 48.

⁸³² Ebenso *Reuter/Hahn*, VuR 2012, 247 (253).

⁸³³ BGH, NJW 1998, 2734 (2734); NJW 1992, 2351 (2352); *OLG Köln*, VersR 2012, 863 (863); *Geiß/Greiner*, *Arzthaftpflichtrecht*, Kap. C Rn. 97 f.

⁸³⁴ BGH, NJW 2000, 1784 (1787); NJW 1995, 2410 (2411); *Laufs* in: Laufs/Kern, *Handbuch des Arzthaftungsrecht*, § 62 Rn. 6; *Spickhoff/Greiner*, *Medizinrecht (Kommentar)*, §§ 823, 831, 839 BGB Rn. 274.

⁸³⁵ *OLG Düsseldorf*, NJW-RR 1996, 347 (347); *Geiß/Greiner*, *Arzthaftpflichtrecht*, Kap. C Rn. 98; *Rohde*, VersR 1995, 391 (393) weist auf die diesbezüglichen Parallelen zum vollständigen Aufklärungsverzicht hin.

⁸³⁶ BGH, NJW 1993, 2372 (2374); *Geiß/Greiner*, *Arzthaftpflichtrecht*, Kap. C Rn. 99.

aber keine Gründe ersichtlich, weshalb nicht auch diesbezüglich die bisherigen Aussagen der Rechtsprechung und Lehre weitergelten sollten.⁸³⁷

Ebenfalls vom Gesetzgeber nicht erwähnt sind die Fälle, in denen die Aufklärung und Einwilligung vorsorglich für das Eintreten vorhersehbarer Änderungen der Behandlungssituation zu erfolgen hat. Eine antizipierte Aufklärung und Einwilligung ist dann erforderlich, wenn der Patient zum Zeitpunkt des Eintritts der Änderung der Behandlungssituation nicht mehr verständnis- oder willensfähig sein wird.⁸³⁸ Beispiele sind vor allem eine erforderlich werdende Schnittentbindung bei grundsätzlich geplanter vaginaler Entbindung und vorhersehbare Operationserweiterungen. Ist eine vorherige Aufklärung versäumt worden, so muss der Eingriff grundsätzlich abgebrochen werden und der Patient nach dem Erwachen aufgeklärt werden.⁸³⁹ Beinhaltet die zwischenzeitliche Unterbrechung aber erhebliche gesundheitliche Risiken für den Patienten, die dessen Interesse an einer Ausübung des Selbstbestimmungsrechts überwiegen, ist der Eingriff fortzusetzen.⁸⁴⁰

c) Verständlichkeit der Aufklärung (Nr. 3)

Die Voraussetzung der Verständlichkeit der Aufklärung fordert vom Arzt, sich auf den Empfängerhorizont des Aufklärungsadressaten einzustellen.⁸⁴¹ Daher sollte sich der Arzt beim Aufklärungsgespräch keiner übermäßigen Fachsprache bedienen.⁸⁴² Bei Patienten, die aufgrund ihres seelischen, geistigen oder körperlichen Zustands in ihren Verständnismöglichkeiten vermindert sind, hat die Aufklärung in leichter Sprache zu erfolgen und muss nötigenfalls wiederholt werden.⁸⁴³ Darüber hinaus verlangt die Anpassung an den jeweiligen Empfängerhorizont, dass bei gehörlosen Patienten ein Gebärdendolmetscher hinzugezogen wird.⁸⁴⁴

Besondere Relevanz erlangt der Themenbereich der Verständlichkeit der Aufklärung bei Patienten, die der deutschen Sprache nicht mächtig sind. Hierzu heißt es in der Gesetzesbegründung: „(...) Die Aufklärung [hat] in einer Sprache zu erfolgen, die der Patient versteht“.⁸⁴⁵ Da die Verständlichkeit der Ausführungen Teil einer ordnungsgemäßen Aufklärung ist, ließe sich dieser Satz zunächst so verstehen, dass der Arzt bei einem fremdsprachigen Patienten einen Übersetzer

⁸³⁷ Zur bisherigen Rechtsprechung: OLG Karlsruhe, OLGR Karlsruhe 2005, 273 (274); *Geiß/Greiner*, Arzthaftpflichtrecht, Kap. C Rn. 99.

⁸³⁸ *Deutsch*, NJW 1979, 1905 (1907 f.); *ders./Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 492.

⁸³⁹ BGH, NJW 1977, 337 (338); *Brügge*, Haftungsrecht, S. 504; *Katzenmeier* in: *Laufs/Katzenmeier/Lipp*, Arztrecht, Kap. V Rn. 52.

⁸⁴⁰ OLG Frankfurt, NJW 1981, 1322 (1324); MünchKomm/*Wagner*, BGB, § 823 Rn. 834.

⁸⁴¹ BT-Drs. 17/10488, S. 25: „Die Anforderungen an die Verständlichkeit sind empfängerorientiert“; siehe dazu auch *Deutsch*, NJW 2012, 2009 (2011).

⁸⁴² Im Einzelfall können aber auch Nachfragen des Patienten erwartet werden, OLG Karlsruhe, MedR 2003, 104 (105); OLG Brandenburg, MedR 1998, 470 (471).

⁸⁴³ BT-Drs. 17/10488, S. 25.

⁸⁴⁴ BT-Drs. 17/10488, S. 25; vgl. auch Art. 25 insb. lit. d) UN-Behindertenrechtskonvention.

⁸⁴⁵ BT-Drs. 17/10488, S. 25.

hinzuziehen⁸⁴⁶ und auch bezahlen muss. Im Folgesatz stellt der Gesetzgeber jedoch klar, dass die Kosten der Übersetzung vom Patienten zu tragen sind.⁸⁴⁷

aa) Erforderlichkeit der Hinzuziehung eines Übersetzers

Die Anwesenheit eines Sprachmittlers im Rahmen des Aufklärungsgesprächs ist nach der Gesetzesbegründung dann erforderlich, wenn der Patient entweder „nach eigenen Angaben oder nach Überzeugung des Behandelnden der deutschen Sprache nicht mächtig“ ist.⁸⁴⁸ Damit stellt der Gesetzgeber klar, dass der fremdsprachige Patient nicht ausdrücklich auf seine Verständnisschwierigkeiten hinweisen muss, sondern dass es ausreicht, wenn der Arzt hiervon „überzeugt“ ist.⁸⁴⁹ Wann ein Arzt aber zu einer solchen Überzeugung gelangen muss, bleibt unklar.

Nach einer Formulierung des OLG Düsseldorf ist die Hinzuziehung eines Übersetzers immer dann erforderlich, wenn nicht „gesichert [ist], dass die Gefahr von Missverständnissen ausgeschlossen ist“.⁸⁵⁰ Stimmen aus der Literatur halten die Hinzuziehung eines Übersetzers dann für nötig, wenn der Arzt „nicht ohne weiteres sicher sein kann, dass der Patient die deutsche Sprache so gut beherrscht, dass er die Erläuterungen des Arztes verstehen kann“⁸⁵¹ oder wenn „Anlass zu Zweifeln über die Kommunikationsfähigkeit [des Patienten]“⁸⁵² bestehen. Dies bedeutet für die Praxis, dass ein Arzt jeden Patienten, der erkennbar in seinen Sprachkenntnissen eingeschränkt ist, allgemein befragen sollte, ob er den Ausführungen folgen kann. Daneben sollte er bei wesentlichen Aufklärungsinhalten zur Kontrolle auch inhaltliche Nachfragen an den Patienten stellen. Werden bei diesen Nachfragen keine Verständnisprobleme des Patienten deutlich, so kann der Arzt auf Hinzuziehung eines Übersetzers verzichten. Zwar muss aufgrund der Bedeutung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten ein Verstehen der bevorstehenden medizinischen Maßnahme und der ihr anhaftenden Risiken gewährleistet werden, hat sich der Arzt aber durch die oben bezeichneten Fragen nach seinen Möglichkeiten davon überzeugt, dass er verstanden wird, so kann ihm im Klinikalltag nicht zugemutet werden, das Verstehen jedes kleineren Risikos durch inhaltliche Kontrollfragen abzusichern. Ein Patient, der erklärt, er verstehe die deutsche Sprache hinreichend, muss gegebenenfalls selbst die Initiative ergreifen und Nachfragen stellen.⁸⁵³

⁸⁴⁶ Die Hinzuziehung eines Übersetzers ist Aufgabe des Arztes, *Geiß/Greiner*, Arzthaftpflichtrecht, Kap. C Rn. 113; *Gehrlein*, Grundriss der Arzthaftpflicht, Kap. C Rn. 46.

⁸⁴⁷ Eine Kostentragungspflicht des Arztes wurde schon vor dem Patientenrechtegesetz als „überzogen“ und „kaum praktikabel“ abgelehnt, KG, MedR 1999, 226 (227).

⁸⁴⁸ BT-Drs. 17/10488, S. 25.

⁸⁴⁹ Einen solchen Hinweis des Patienten verlangend KG, GesR 2004, 409 (410).

⁸⁵⁰ OLG Düsseldorf, VersR 1990, 852 (853).

⁸⁵¹ *Geiß/Greiner*, Arzthaftpflichtrecht, Kap. C Rn. 113.

⁸⁵² *Laufs* in: *Laufs/Kern*, Handbuch des Arzthaftungsrecht, § 62 Rn. 5.

⁸⁵³ Sollte man zu dem Ergebnis gelangen, dass der Arzt die Verständnisprobleme hätte erkennen und daher einen Dolmetscher hinzuziehen müssen, und ist daher die Aufklärung als fehlerhaft anzuse-

Beruft sich ein Patient im Arzthaftungsprozess darauf, dass er die Aufklärung nicht verstehen konnte, so obliegt es gem. § 630h Abs. 2 Satz 1 BGB dem Arzt Gegenteiliges zu beweisen.⁸⁵⁴ Als Nachweis kann dabei beispielsweise hilfreich sein, wenn der Patient bei der Anamnese Details zu seinem Lebensstil und zu den Krankheitssymptomen sprachlich zum Ausdruck bringen konnte.⁸⁵⁵ Derartiges aktives Sprachvermögen legt nahe, dass der Patient auch dem Aufklärungsgespräch folgen konnte, zumal die sprachlichen Fähigkeiten hinsichtlich des passiven Verstehens regelmäßig umfassender sind, als die Fähigkeiten eigene Gedanken in einer fremden Sprache zu formulieren.⁸⁵⁶

Ist die Hinzuziehung eines Übersetzers notwendig, so wurden bislang die Anforderungen an die sprachmittelnde Person relativ gering gehalten. Hieran wird mangels gegenteiliger Verlautbarungen des Gesetzgebers auch nach Inkrafttreten des Patientenrechtegesetzes festgehalten. So ist weder erforderlich, dass es sich bei der übersetzenden Person um einen Arzt handelt,⁸⁵⁷ noch muss ein professioneller Dolmetscher eingesetzt werden.⁸⁵⁸ Strengere Voraussetzungen sind wohl auch weder notwendig noch wären sie im Klinikalltag praktikabel. Sprachliche Barrieren werden in der Praxis häufig mittels sprachkundiger Familienangehöriger des Patienten überwunden.⁸⁵⁹

Sollte kein Übersetzer zu finden sein, muss der Arzt die Behandlung ablehnen,⁸⁶⁰ es sei denn diese ist unaufschiebbar. Bei unaufschiebbaren Behandlungen, die mangels eines rechtzeitig verfügbaren Übersetzers ohne wirksame Aufklärung und Einwilligung i. S. d. § 630d Abs. 1 Satz 1 BGB erfolgen müssen, richtet sich die Rechtfertigung des Eingriffs nach den Grundsätzen zur mutmaßlichen Einwilligung.⁸⁶¹

bb) Keine Übernahme der Übersetzungskosten durch die Krankenversicherer

An die Feststellung, dass der Patient die Kosten für die Übersetzung zu tragen hat, schließt sich die Frage an, ob diese Kosten von der gesetzlichen Krankenversicherung getragen werden. Nach derzeitiger Rechtslage muss diese Frage eindeutig

hen, so kommt die Berücksichtigung des Verhaltens des ausländischen Patienten als Mitverschulden in Betracht, wenn dieser erklärt hat, er habe die ärztlichen Ausführungen verstanden, ebenso *Muschner*, VersR 2003, 826 (832).

⁸⁵⁴ So bereits für die alte Rechtslage: OLG Düsseldorf, VersR 1990, 852 (853); *Gehrlein*, Grundriss der Arzthaftpflicht, Kap. C Rn. 46; *Ehlers* in: Ehlers/Brogie, Arzthaftungsrecht, Rn. 850.

⁸⁵⁵ Vgl. OLG Nürnberg, NJW-RR 2002, 1255 (1255); OLG Hamm, VersR 2002, 192 (193).

⁸⁵⁶ OLG München, AHRS 6805/1.

⁸⁵⁷ OLG München, VersR 1993, 1488 (1489) – Krankenschwester als Übersetzerin; OLG Karlsruhe, VersR 1997, 241(241) – Reinigungskraft als Übersetzer.

⁸⁵⁸ *Staudinger/Hager*, BGB, § 823 Rn. I 105 m. w. N.; MünchKomm/*Wagner*, BGB, § 823 Rn. 828; *Reuter/Hahn*, VuR 2012, 247 (253).

⁸⁵⁹ Siehe beispielsweise den Hinweis in OLG München, VersR 1993, 1488 (1489).

⁸⁶⁰ Vgl. KG, MedR 2012, 47 (48).

⁸⁶¹ OLG Braunschweig, ZFS 2003, 114 (115); *Geiß/Greiner*, Arzthaftpflichtrecht, Kap. C Rn. 113; *U. Walter*, Das neue Patientenrechtegesetz, Rn. 189.

verneint werden. Das SGB V sieht die Erstattung von Dolmetscherkosten nicht ausdrücklich vor, weshalb das Bundessozialgericht eine Kostenübernahmepflicht der gesetzlichen Krankenversicherungen ablehnt.⁸⁶² Parallel dazu ersetzen weder Beihilfestellen die Übersetzungskosten⁸⁶³ noch sind diese vom üblichen Versicherungsumfang der privaten Krankenversicherungen umfasst.⁸⁶⁴ Während im Gegensatz dazu der Leistungsträger im Sozialhilferecht nach alter Gesetzeslage die Kosten für einen bei einer ärztlichen Behandlung vermittelnd tätigen Dolmetscher noch ersetzen musste,⁸⁶⁵ ist dies nach aktuellerer Gesetzeslage und Rechtsprechung ebenfalls nicht mehr der Fall.⁸⁶⁶

Als Solidargemeinschaft sollten die gesetzlichen Krankenversicherungen die Dolmetscherkosten in Zukunft in ihren Leistungskatalog – ggf. vom Gesetzgeber angeordnet⁸⁶⁷ oder durch einen entsprechenden Rechtsprechungswechsel des Bundessozialgerichts eingeleitet – aufnehmen. Dies würde sich auf die privaten Krankenversicherungsverträge entsprechend auswirken. Für eine solche Aufnahme spricht, dass die ärztliche Aufklärung der Wahrung des Selbstbestimmungsrechts des sprachunkundigen Patienten (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) dient. Diese Grundrechtsposition⁸⁶⁸ erscheint gefährdet, solange die Übersetzungskosten nicht in den Leistungskatalog der gesetzlichen Krankenversicherungen aufgenommen werden. Denn einem sprachunkundigen Patienten, der aus finanziellen Gründen keine Übersetzungsperson beibringen kann, bleibt nur die Wahl auf die Aufklärung zu verzichten⁸⁶⁹ oder die Ablehnung der Behandlung durch den aufgesuchten Arzt zu riskieren.⁸⁷⁰ Darüber hinaus ist es zumindest unüblich, dass der Leistungskatalog der gesetzlichen Krankenversicherungen eine wesentliche ärztliche Leistung – und dabei handelt es sich bei der verständlichen Selbstbestimmungsaufklärung ohne Zweifel – nicht umfasst.⁸⁷¹ Zudem sollte die Bundesrepublik als migrationsfreundlicher Staat, der auf den Zuzug, auch von Fachkräften, aus dem Ausland angewiesen ist, gesicherte Lebensumstände für

⁸⁶² BSG, NJW 1996, 806 (806).

⁸⁶³ OVG Münster, NVwZ-RR 2008, 271 (271).

⁸⁶⁴ *Spickhoff* in: Migration und Gesundheit, S. 59 (71).

⁸⁶⁵ BVerwG, NJW 1996, 3092 (3093); OVG Lüneburg, Nds. Rpfl. 2002, 246 (247 f.).

⁸⁶⁶ SG Hildesheim, InfAuslR 2012, 143 (144).

⁸⁶⁷ Bedauerlicherweise hat der Gesetzgeber entsprechende Vorschläge im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens zum Patientenrechtegesetz nicht aufgenommen, siehe dazu *Spickhoff*, VersR 2013, 267 (276).

⁸⁶⁸ Beim Allgemeinen Persönlichkeitsrecht, aus welchem das Selbstbestimmungsrecht hergeleitet wird, handelt es sich um ein Menschenrecht. Bei einem solchen ist der persönliche Schutzbereich gerade nicht auf deutsche Staatsbürger beschränkt, wie dies etwa bei Art. 12 GG der Fall ist.

⁸⁶⁹ Ob ein solcher Aufklärungsverzicht vom sprachunkundigen Patienten überhaupt wirksam erklärt werden kann, ist äußerst fraglich, da häufig eine Grundaufklärung, wie sie Voraussetzung eines solchen Verzichts ist, mangels Sprachverständnisses ebenfalls nicht erfolgen kann. Allgemein zur Problematik des sog. „Blankoverzichts“: *Laufs* in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 60 Rn. 17 f.; *Katzenmeier* in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, Kap. V Rn. 34.

⁸⁷⁰ *Spickhoff*, VersR 2013, 267 (277).

⁸⁷¹ *Spickhoff*, VersR 2013, 267 (277).

diese Personen schaffen. Hierzu gehört eine gute medizinische Versorgung, die ihrerseits eine verständliche und für den Patienten keine zusätzlichen Kosten verursachende Aufklärung voraussetzt.⁸⁷²

d) Pflicht zur Aushändigung von Abschriften von unterzeichneten Aufklärungs- und Einwilligungsunterlagen (Abs. 2 Satz 2)

Neu eingeführt wurde die ärztliche Pflicht dem Patienten ungefragt⁸⁷³ die Unterlagen in Abschrift auszuhändigen, die dieser im Rahmen der Aufklärung und Einwilligung unterzeichnet hat. Diese Aushändigungspflicht erstreckt sich dabei selbstverständlich auf sämtliche Aufklärungsunterlagen und nicht nur auf das unterschriebene letzte Blatt des Aufklärungsformulars.⁸⁷⁴ Die – ohnehin geringfügigen – Kosten der Erstellung dieser Kopien muss der Behandelnde tragen⁸⁷⁵, weil die Aushändigung eine vertragliche Pflicht des Arztes ist und keine dem § 630g Abs. 2 Satz 2 BGB entsprechende Kostenerstattungsregelung existiert. Da Aufklärung und Einwilligung keiner Form bedürfen, muss sich der Arzt weder Einwilligungs- noch Aufklärungsformulare unterzeichnen lassen, weshalb es nicht stets zu einer Übergabe solcher Dokumente kommen wird. Der Arzt ist zwar verpflichtet die Einwilligung und Aufklärung zu dokumentieren, dazu genügen aber eigene Aufzeichnungen des Arztes in der Patientenakte. Im Hinblick auf die den Arzt treffende Beweislast bietet es sich aus seiner Sicht dennoch an, sich die erfolgte Aufklärung und Einwilligung vom Patienten schriftlich bestätigen zu lassen.

Sinn der Pflicht zur Aushändigung der Aufklärungs- und Einwilligungsdokumente ist zum einen, dem Patienten zu verdeutlichen, in welche Maßnahme er genau eingewilligt hat und welche Risiken er dabei eingeht. Sofern dem Patienten zwischen dem Aufklärungsgespräch und dem Eingriff noch Zeit bleibt, kann er anhand des ausgehändigten Aufklärungsbogens zudem die Risiken besser mit Vertrauenspersonen diskutieren und gegebenenfalls noch den Widerruf seiner Einwilligung erklären. Zum anderen macht die Aushändigung dieser Schriftstücke in Kopie an den Patienten eine nachträgliche Manipulation der Behandlungsdokumentation durch den Arzt, mit dem Ziel die Beweislage in Bezug auf die Einwilligung und Aufklärung zu seinen Gunsten zu verändern, sinnlos (Zweck der Manipulationsprävention).⁸⁷⁶

⁸⁷² Weiter zu den Konsequenzen der Nichttragung der Dolmetscherkosten und zum bestehenden rechtspolitischen Handlungsbedarf, *Spickhoff* in: Migration und Gesundheit, S. 59 (75 f.); *ders.*, VersR 2013, 267 (276 f.).

⁸⁷³ Anders als bei § 630g Abs. 2 Satz 1 BGB hängt die Übergabe der Abschriften aus der Behandlungsakte nicht von einem entsprechenden Verlangen des Patienten ab, vgl. auch *Middendorf*, ZGMR 2012, 324 (326).

⁸⁷⁴ *Wienke*, HNO-Informationen 2013, 12 (13).

⁸⁷⁵ *Wienke*, HNO-Informationen 2013, 12 (13).

⁸⁷⁶ Siehe *Vavra*, Stellungnahme zum Patientenrechtegesetz im Rechts- und Gesundheitsausschuss vom 22.10.2012, Ausschussdrucksache 17(14)0326(21), S. 5.

Ungeklärt lässt der Gesetzgeber bedauerlicherweise die Rechtsfolge eines Verstoßes gegen diese Aushändigungspflicht. Rechtsfolge des Verstoßes gegen die Übergabepflicht des Absatzes 2 Satz 2 kann nicht die Unwirksamkeit der Selbstbestimmungsaufklärung sein. Sinn der Selbstbestimmungsaufklärung ist, dass der Patient über die aufklärungswesentlichen Umstände informiert wird, damit er im Anschluss eine abgewogene Einwilligungentscheidung treffen kann. Diese Information hat im Rahmen eines Aufklärungsgesprächs zu erfolgen. Die Unterzeichnung von Aufklärungs- oder Einwilligungsunterlagen ist für eine ordnungsgemäße Aufklärung nicht erforderlich. Daher spielt es für die Wirksamkeit der Aufklärung auch keine Rolle, ob diese Unterlagen nach ihrer Unterzeichnung dem Patienten in Abschrift ausgehändigt wurden oder nicht.

Es käme aber in Betracht, in der Nichtaushändigung der Aufklärungs- bzw. Einwilligungsunterlagen einen Dokumentationsmangel mit der Rechtsfolge des § 630h Abs. 3 BGB zu erblicken. Gemäß § 630h Abs. 3 BGB wird vermutet, dass dokumentationspflichtige ärztliche Maßnahmen, die vom Arzt nicht dokumentiert wurden, nicht vorgenommen wurden. Mit Blick auf die Nichtaushändigung würde dies bedeuten, dass bei Nichtübergabe der Aufklärungsunterlagen vermutet würde, dass die Aufklärung gar nicht stattgefunden hat. Da von § 630h Abs. 3 BGB nur Verstöße gegen die Dokumentationspflicht gemäß § 630f BGB erfasst werden und die Aushändigung der unterzeichneten Aufklärungsunterlagen nicht Teil der geschuldeten Dokumentation ist, käme allenfalls eine analoge Anwendung des § 630h Abs. 3 BGB in Betracht. Ob eine solche entsprechende Anwendung möglich ist, kann aber dahinstehen, da die widerlegbare Vermutung des § 630h Abs. 3 BGB (analog) keine eigenständige, beweisrechtliche Sanktion für die Verletzung der Pflicht aus § 630e Abs. 2 Satz 2 BGB darstellen würde. Würde § 630h Abs. 3 BGB eingreifen, müsste der Arzt durch Gegenbeweis die Vermutung widerlegen, dass die Einwilligung und die Aufklärung nicht stattgefunden haben. Da der Arzt aber ohnehin hinsichtlich der Einwilligung und Aufklärung beweisbelastet ist (vgl. § 630h Abs. 2 BGB), würde sich durch eine gegebenenfalls analoge Anwendung des § 630h Abs. 3 BGB an der geltenden Beweislastverteilung nichts ändern.

Da andere als die genannten Rechtsfolgen nicht in Betracht kommen, bleibt ein Verstoß gegen § 630e Abs. 2 Satz 2 BGB sanktionslos. Wichtig ist daher, dass das Gericht im Falle der Nichtübergabe der unterzeichneten Aufklärungs- bzw. Einwilligungsunterlagen streng darauf achtet, dass an diesen Dokumenten aus der Patientenakte keine Manipulationen vorgenommen wurden, damit der gewünschte Antimanipulationseffekt des § 630e Abs. 2 Satz 2 BGB nicht ins Leere läuft.

e) Formularaufklärung bei geringfügigen Eingriffen gemäß § 630e Abs. 2 Satz 2 BGB-RefE – nicht ins Gesetz aufgenommen

Der Referentenentwurf zum Patientenrechtegesetz sah in § 630e Abs. 2 Satz 2 BGB-RefE vor, dass bei geringfügigen Eingriffen abweichend von der grundsätzlich erforderlichen mündlichen Aufklärung auch eine Information in Textform

ausreicht.⁸⁷⁷ Diese Bestimmung ist vielfach auf Kritik gestoßen⁸⁷⁸ und wurde daher ersatzlos gestrichen. Zum einen wurde der Begriff des „geringfügigen Eingriffs“ als zu unbestimmt kritisiert.⁸⁷⁹ Eine Grenzziehung zwischen geringfügigen und nicht geringfügigen Eingriffen wäre kaum möglich gewesen, zumal es selbst bei kleinsten Eingriffen zu schweren Komplikationen kommen kann.⁸⁸⁰ Zum anderen hatte der Gesetzgeber in § 630e Abs. 2 Satz 2 BGB-RefE die Rechtsprechung zu Formularaufklärung bei geringfügigen Eingriffen nicht richtig wiedergegeben. Der Bundesgerichtshof verlangte nämlich neben der Aufklärung in Textform auch, dass der Arzt dem Patienten die Möglichkeit zu Nachfragen im persönlichen Gespräch einräumt.⁸⁸¹ Da letzterer Passus in der Norm nicht vorgesehen war, hätte diese Vorschrift die Rechte der Patienten sogar verringert.⁸⁸² Weiterhin wären durch die Regelung neue Haftungsrisiken für die Ärzteschaft heraufbeschworen worden. Denn es wäre durchaus denkbar gewesen, dass sich Ärzte in Fällen auf eine Formularaufklärung beschränkt hätten, in denen eine solche nicht ausreicht.⁸⁸³ Zuletzt hätte für eine Aufklärung in Textform grundsätzlich auch eine E-Mail oder gar eine SMS genügt, sofern alle aufklärungswesentlichen Umstände aufgeführt worden wären.⁸⁸⁴

Aus diesen Gründen hat der Gesetzgeber im Ergebnis gut daran getan, auf diese Regelung zu verzichten. Interessant ist aber, ob der Bundesgerichtshof nach neuer Rechtslage an seiner Rechtsprechung zur Aufklärung bei geringfügigen Eingriffen festhalten kann.⁸⁸⁵ Diese Frage könnte man zunächst mit dem Argument verneinen, dass der Gesetzgeber den § 630e Abs. 2 Satz 2 BGB-RefE, der diese Fallgruppe gesetzlich niederlegen sollte, bewusst nicht ins Gesetz aufgenommen hat. Dieser Umkehrschluss ist aber nicht zwingend, weil, wie bereits dargestellt, die gestrichene Regelung die Fallgruppe nicht richtig abgebildet hat. Daher kann aus der Streichung dieser Vorschrift nicht geschlossen werden, dass sich der Gesetzgeber in diesem Punkt gegen die bisherige Rechtsprechung stellen wollte.

Dafür, dass der Bundesgerichtshof an seiner bisherigen Rechtsprechung festhalten kann, spricht hingegen, dass der Arzt gem. § 630e Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 BGB bei der mündlichen Aufklärung durchaus auf Unterlagen in Textform Bezug neh-

⁸⁷⁷ Referentenentwurf zum Patientenrechtegesetz, S. 6.

⁸⁷⁸ Reuter/Hahn, VuR 2012, 247 (253); Spickhoff, ZRP 2012, 65 (68); Deutsch, NJW 2012, 2009 (2011); Katzenmeier, MedR 2012, 576 (582).

⁸⁷⁹ Deutsch, NJW 2012, 2009 (2011).

⁸⁸⁰ Vgl. BGHZ 29, 46 (58); 29, 176 (181).

⁸⁸¹ BGH, JZ 2000, 898 (901).

⁸⁸² Spickhoff bezeichnete das Patientenrechtegesetz in diesem Punkt daher als ein „Patientenrechteverringergesetz“, vgl. Spickhoff, ZRP 2012, 65 (68).

⁸⁸³ Dazu Katzenmeier, MedR 2012, 576 (582). Ein Beispiel aus der Rechtsprechung für einen Arzt, der sich zu Unrecht auf das Ausreichen einer Formularaufklärung berufen hatte, gibt OLG Oldenburg, MedR 2010, 570 (571).

⁸⁸⁴ Reuter/Hahn, VuR 2012, 247 (253); allgemein zur Wahrung der Textform durch Email und SMS, Bamberger/Roth/Wendtland, BGB, § 126b Rn. 5.

⁸⁸⁵ BGH, JZ 2000, 898.

men darf. Da diese Inbezugnahme nur „ergänzend“ stattfinden darf, muss der Schwerpunkt der Aufklärung allerdings weiterhin auf dem mündlichen Gespräch liegen.⁸⁸⁶ Diese Voraussetzung wird bei der Aufklärung über geringfügige Eingriffe nur dann gewahrt, wenn der Arzt den Patienten nach dessen Lektüre des Aufklärungsbogens ausdrücklich befragt, ob er das Formular verstanden hat⁸⁸⁷ und ob noch Nachfragen bestehen. Diesem mündlichen Anteil der Aufklärung muss der Arzt im Rahmen der Behandlung bewusst Raum verschaffen. Sofern die vom Bundesgerichtshof verwendete Formulierung, dass dem Patienten neben der Aufklärung in Textform „Gelegenheit zu weiteren Informationen durch ein Gespräch mit dem Arzt“⁸⁸⁸ gegeben werden muss, in diesem Sinne zu verstehen ist, kann der Bundesgerichtshof an seiner bisherigen Rechtsprechung zur Formularaufklärung bei geringfügigen Eingriffen festhalten.

3. Ausnahmen vom Aufklärungserfordernis (Abs. 3)

§ 630e BGB enthält in Absatz 3 Ausnahmetatbestände, die eine Selbstbestimmungsaufklärung entbehrlich machen. § 630e Abs. 3 BGB entspricht der nahezu wortgleichen Vorschrift des § 630c Abs. 4 BGB zu den Informationspflichten.⁸⁸⁹ Während die Ausnahmetatbestände in dieser Vorschrift aber kaum eine praktische Bedeutung entfalten, sind die Tatbestände des § 630e Abs. 3 BGB durchaus von Praxisrelevanz.

a) Unaufschiebbarkeit der Behandlung

Beispielhaft wird in § 630e Abs. 3 BGB die Unaufschiebbarkeit der Behandlung als Ausnahmetatbestand aufgeführt. Entsprechend dieser Regelung kann ein Patient, der im Falle einer unaufschiebbaren Behandlung bei Bewusstsein ist, ohne vorherige Aufklärung wirksam einwilligen.⁸⁹⁰ Zu beachten ist allerdings, dass eine vorhandene Zeitspanne bis zum Eingriff genutzt werden muss, um den Patienten soweit aufzuklären, wie es die Umstände zulassen.⁸⁹¹ Ist der Patient nicht bei Bewusstsein, so richtet sich die Rechtfertigung der medizinischen Maßnahme nach den Grundsätzen zur mutmaßlichen Einwilligung.⁸⁹²

⁸⁸⁶ Vgl. BT-Drs. 17/10488, S. 24.

⁸⁸⁷ Es genügt nicht, wenn der Arzt lediglich fragt, ob der Patient das Aufklärungsformular gelesen hat. Es kommt vielmehr entscheidend darauf an, dass den Patienten die Informationen auf dem Aufklärungsbogen tatsächlich erreicht haben, vgl. Soergel/*Spickhoff*, BGB, § 823 Anh. I Rn. 142.

⁸⁸⁸ BGH, JZ 2000, 898 (901).

⁸⁸⁹ Für beide Regelungen sollen die gleichen Maßstäbe gelten, vgl. BT-Drs. 17/10488, S. 25.

⁸⁹⁰ Hierzu genügt abhängig von den Umständen auch das Geschehenlassen durch den Patienten, LG Aachen, MedR 2006, 361 (362); *Lippert/Weissauer*, Das Rettungswesen, Rn. 472; *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 961.

⁸⁹¹ BGH, NJW 1982, 2121 (2122); OLG Stuttgart, NJW-RR 1998, 608 (608); *Bamberger/Roth/Spindler*, BGB, § 823 Rn. 621.

⁸⁹² Siehe dazu bereits oben Kap. 3 V. 3.

b) Aufklärungsverzicht

Ebenfalls als Fallgruppe der Entbehrlichkeit der Selbstbestimmungsaufklärung ist in § 630e Abs. 3 BGB der Aufklärungsverzicht des Patienten genannt. An diesen Verzicht stellt der Gesetzgeber hohe Anforderungen. Der Patient muss den Verzicht ausdrücklich, deutlich, klar und unmissverständlich erklären.⁸⁹³ Die bisher herrschende Meinung hatte zwar ebenfalls hohe Maßstäbe für den Verzicht aufgestellt,⁸⁹⁴ ein Verzicht wurde aber auch durch schlüssiges Verhalten für möglich gehalten.⁸⁹⁵ Nach neuer Rechtslage wird ein konkludenter Verzicht des Patienten nicht mehr ausreichen. Dies widerspräche zum einen dem insoweit eindeutigen Gesetzeswortlaut („ausdrücklich“). Zum anderen kann man sich nicht auf den Standpunkt stellen, der Gesetzgeber habe diese Abweichung von der bisher herrschenden Meinung übersehen. *Spickhoff* hat bei seiner Stellungnahme zum Patientenrechtegesetz im Rechts- und Gesundheitsausschuss deutlich auf diese Abänderung hingewiesen und als abweichenden Formulierungsvorschlag ins Spiel gebracht, das Wort „ausdrücklich“ durch „eindeutig“ zu ersetzen.⁸⁹⁶ Trotz dieses Hinweises hat der Gesetzgeber an der Formulierung festgehalten. Bei einem Blick in die Gesetzesentwicklung zeigt sich, dass der Gesetzgeber mit der in Kraft getretenen Fassung offensichtlich einen Mittelweg beschreiten wollte. Teilweise wurde nämlich gefordert, dass der Patient den Verzicht schriftlich erklären müsse.⁸⁹⁷ Einer derartigen Verschärfung des Verzichtstatbestandes hat sich der Gesetzgeber verschlossen, gleichzeitig aber eine gewisse Anhebung der Voraussetzungen des Verzichts offensichtlich für angemessen erachtet.

Des Weiteren ist auch nach der Kodifizierung des Aufklärungsverzichts ein sog. „Blankoverzicht“ des Patienten unwirksam.⁸⁹⁸ Daher kann der Patient auf die Aufklärung nur dann verzichten, wenn er zumindest über die ganz zentralen Umstände und Risiken der medizinischen Maßnahme aufgeklärt worden ist.⁸⁹⁹ Die diesbezügliche Formulierung der Gesetzesbegründung, der Patient müsse vor

⁸⁹³ BT-Drs. 17/10488, S. 22 f.

⁸⁹⁴ BGH, NJW 1973, 556 (558); *Giesen*, Arzthaftungsrecht, Rn. 261; MünchKomm/Wagner, BGB, § 823 Rn. 830; *Katzenmeier* in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, Kap. V Rn. 34.

⁸⁹⁵ BGH, JR 1962, 258 (259); *Deutsch*, NJW 1983, 1351 (1354); *Roßner*, NJW 1990, 2291 (2294) m. w. N.; *Francke/Hart*, Charta der Patientenrechte, S. 143; *Katzenmeier* in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, Kap. V Rn. 34.

⁸⁹⁶ *Spickhoff*, Stellungnahme zum Patientenrechtegesetz im Rechts- und Gesundheitsausschuss vom 22.10.2012, Ausschussdrucksache 17(14)0326(4), S. 5: „Zu eng ist, nur den ‚ausdrücklichen‘ Verzicht zu akzeptieren; der (deutliche) konkludente Verzicht sollte genügen“.

⁸⁹⁷ *Verbraucherzentrale Bundesverband e.V.*, Stellungnahme zum Patientenrechtegesetz im Rechts- und Gesundheitsausschuss vom 22.10.2012, Ausschussdrucksache 17(14)0326(31), S. 11; Antrag der Bundestagsfraktion Die Linke v. 7.6.2011, BT-Drs. 17/6489, S. 4.

⁸⁹⁸ Hierzu heißt es in der Gesetzesbegründung: Der Patient muss vor dem Verzicht „die Erforderlichkeit des Eingriffs sowie dessen Chancen und Risiken zutreffend erkannt haben“, BT-Drs. 17/10488, S. 22 f.

⁸⁹⁹ Vgl. *Olßen/Metzmacher*, JR 2012, 271 (275); *Katzenmeier* in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, Kap. V Rn. 34.

einem Verzicht „die Erforderlichkeit der Behandlung sowie deren Chancen und Risiken zutreffend erkannt haben“, geht allerdings zu weit.⁹⁰⁰ Dies liefe darauf hinaus, dass der Patient fast vollständig aufgeklärt werden müsste, bevor er auf die Aufklärung verzichten könnte. Eine solche Verpflichtung wäre mit dem „Recht auf Nichtwissen“ des Patienten, das verfassungsrechtlich über das Selbstbestimmungsrecht geschützt ist,⁹⁰¹ nicht vereinbar. Daher muss weiterhin eine Erläuterung der zentralen Umstände der medizinischen Maßnahme genügen.

c) Weitere Ausschlussgründe

Weitere besondere Umstände, die die Selbstbestimmungsaufklärung ausnahmsweise entbehrlich machen können, sind erhebliche therapeutische Gründe und ausreichende Fachkenntnisse des Patienten. Die Fallgruppe der erheblichen therapeutischen Gründe wurde als sehr unbestimmt kritisiert⁹⁰² und ist wohl aus diesem Grunde nicht mehr, wie noch im Referentenentwurf⁹⁰³, als eigener Ausschlussbestand in § 630e Abs. 3 BGB explizit aufgeführt. Dennoch hat der Gesetzgeber in der Gesetzesbegründung deutlich gemacht, dass auch an dieser Fallgruppe der Entbehrlichkeit der Aufklärung festgehalten werden soll.⁹⁰⁴ Um dem Begriff „erhebliche therapeutische Gründe“ Struktur zu verleihen, wurden in der Literatur Unterfallgruppen für diesen Ausschlussbestand gebildet.

Erstens kann von einer Aufklärung abgesehen werden, wenn psychische oder physische Reaktionen des Patienten zu befürchten sind,⁹⁰⁵ die diesen selbst gefährden.⁹⁰⁶ Solche Reaktionen können in psychischer Hinsicht etwa eine konkrete Suizidgefahr und in physischer Hinsicht beispielsweise eine derartige Erregung des Patienten durch die Mitteilung einer Herzerkrankung sein, dass dieser einen Schaden am kranken Herzen erleidet.⁹⁰⁷ Gerade an die vorhersehbaren psychischen Belastungen des Patienten wurden von der Rechtsprechung⁹⁰⁸ und werden nunmehr auch vom Gesetzgeber⁹⁰⁹ zum Schutz des Selbstbestimmungsrechts des Patienten hohe Anforderungen gestellt.

⁹⁰⁰ *Spickehoff*, VersR 2013, 267 (274).

⁹⁰¹ Hierzu ausführlich *Schwill*, Aufklärungsverzicht und Patientenautonomie, S. 309 ff.

⁹⁰² *Olzen/Uzunovic*, JR 2012, 447 (449).

⁹⁰³ Referentenentwurf zum Patientenrechtegesetz, S. 7.

⁹⁰⁴ BT-Drs. 17/10488, S. 25.

⁹⁰⁵ Zum erforderlichen Grad der Wahrscheinlichkeit des Eintritts der unerwünschten Patientenreaktion in dieser und den folgenden Unterfallgruppen siehe *Katzenmeier* in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, *Arztrecht*, Kap. V Rn. 36.

⁹⁰⁶ *Briggemeier*, *Haftungsrecht*, S. 501; *Katzenmeier* in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, *Arztrecht*, Kap. V Rn. 36; siehe auch *Laufs* in: Laufs/Kern, *Handbuch des Arzthaftungsrecht*, § 64 Rn. 19.

⁹⁰⁷ Zu diesen und weiteren Beispielen siehe *Deutsch/Spickehoff*, *Medizinrecht*, Rn. 504 ff.

⁹⁰⁸ BGHZ 29, 46 (56 f.); 85, 327 (333); 90, 103 (109 f.); vgl. auch MünchKomm/*Wagner*, BGB, § 823 Rn. 831; weniger streng hingegen: *Deutsch*, NJW 1980, 1305 (1306); *ders./Spickehoff*, *Medizinrecht*, Rn. 504; *Tempel*, NJW 1980, 609 (614).

⁹⁰⁹ BT-Drs. 17/10488, S. 25.

Zweitens kommt ein Absehen von der Selbstbestimmungsaufklärung in Betracht, wenn durch die Offenbarung des Arztes eine Gefährdung Dritter zu besorgen ist. Dies kommt insbesondere in psychiatrischen Fällen in Betracht. So kann der Arzt im Rahmen der Aufklärung bestimmte Informationen zurückhalten, die er nur von einer bestimmten, regelmäßig dem Patienten sehr nahestehenden Person bekommen haben kann, wenn diese Person bei Offenlegung der Informationen Verletzungen durch den Patienten zu befürchten hat.⁹¹⁰

Drittens kann nach einer Ansicht in der Literatur eine Selbstbestimmungsaufklärung entbehrlich sein, wenn der Patient bei Mitteilung der Risiken wahrscheinlich die Behandlung aus völlig „unvernünftigen“ Motiven ablehnt oder abbricht.⁹¹¹ Dieser Fallgruppe stehen die Rechtsprechung⁹¹² und Teile der Literatur⁹¹³ ablehnend gegenüber, weil die Gefahr einer Bevormundung des Patienten durch den Arzt besteht.⁹¹⁴ Der Gesetzgeber hat hierzu nunmehr erklärt, dass „allein der Umstand, dass der Patient nach der Aufklärung vielleicht eine medizinisch unvernünftige Entscheidung treffen könnte, noch keine Einschränkung oder gar den Wegfall der Aufklärungspflicht“⁹¹⁵ rechtfertigen kann. Daher kann die Möglichkeit der medizinisch unvernünftigen Entscheidung des Patienten grundsätzlich nicht mehr zur Einschränkung der Aufklärungspflicht führen. Dennoch sollte in absoluten Ausnahmefällen, in denen ein psychisch labiler Patient mit sehr großer Wahrscheinlichkeit eine extrem dringliche oder lebensnotwendige Behandlung ablehnen würde, dem Arzt die Möglichkeit eröffnet bleiben, auf die Aufklärung über bestimmte Risiken zu verzichten.⁹¹⁶

Neben der therapeutischen Kontraindikation kommt ein Absehen von der Selbstbestimmungsaufklärung, wie gesagt, dann in Betracht, wenn der Patient bereits über eigenes ausreichendes Fachwissen verfügt. Dieses Wissen kann zum einen aus den berufsmäßigen Kenntnissen des Patienten folgen, insbesondere wenn dieser selbst Arzt ist.⁹¹⁷ Zum anderen kann der Patient über dieses Wissen

⁹¹⁰ Dieses Beispiel entnommen aus *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 507; siehe auch *Rofner*, Begrenzung der Aufklärungspflicht des Arztes bei Kollision mit anderen ärztlichen Pflichten, S. 136.

⁹¹¹ *Brüggemeier*, Haftungsrecht, S. 501; vgl. auch *Katzenmeier* in: *Laufs/Katzenmeier/Lipp*, Arztrecht, Kap. V Rn. 36.

⁹¹² BGH, NJW 1984, 1397 (1399); *VersR* 1980, 428 (429).

⁹¹³ *Tempel*, NJW 1980, 609 (614); *Giesen*, Arzthaftungsrecht, Rn. 317 f.

⁹¹⁴ Vgl. BGH, NJW 1984, 1397 (1398); *Katzenmeier* in: *Laufs/Katzenmeier/Lipp*, Arztrecht, Kap. V Rn. 36; *Brüggemeier*, Haftungsrecht, S. 502.

⁹¹⁵ Referentenentwurf zum Patientenrechtegesetz, S. 31.

⁹¹⁶ Ähnlich insoweit, die Ausnahme allerdings noch etwas weiter fassend: *Bamberger/Roth/Spindler*, BGB, § 823 Rn. 623; *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 508.

⁹¹⁷ OLG Karlsruhe, *VersR* 1979, 58 (59); *Rofner*, Begrenzung der Aufklärungspflicht des Arztes bei Kollision mit anderen ärztlichen Pflichten, S. 95; *Katzenmeier* in: *Laufs/Katzenmeier/Lipp*, Arztrecht, Kap. V Rn. 36; *MünchKomm/Wagner*, BGB, § 823 Rn. 826.

durch vorherige Aufklärung⁹¹⁸ oder durch sonstige Informationsquellen⁹¹⁹ verfügen. Es obliegt dabei allerdings dem aufklärenden Arzt, sich zu vergewissern, ob die Kenntnisse des Patienten hinsichtlich des konkreten Eingriffs ausreichend sind.⁹²⁰

Insgesamt sei nochmals festgehalten, dass an die Umstände, die eine Aufklärung entbehrlich machen können, sehr hohe Anforderungen gestellt werden müssen, damit das Selbstbestimmungsrecht des Patienten nicht übergangen wird. Dieser Tatsache trägt der Gesetzeswortlaut durch die explizite Klarstellung des Ausnahmecharakters Rechnung.⁹²¹

4. Aufklärung des Einwilligungsberechtigten (Abs. 4)

§ 630e Abs. 4 BGB legt fest, dass bei Einwilligungsunfähigkeit des Patienten der zur Einwilligung Berufene (also der gesetzliche Vertreter oder der zur Einwilligung Bestimmte)⁹²² aufgeklärt werden muss. Dieser Regelung hätte es nicht bedurft. Denn schon § 630d Abs. 2 (2. Alt.) BGB stellt klar, dass der Einwilligungsberechtigte aufzuklären ist. Zudem ist die Norm unglücklich formuliert. Sie verweist ohne Einschränkungen auf die Absätze 1 bis 3 des § 630e BGB. Dies legt vom Gesetzeswortlaut her nahe, dass der Einwilligungsberechtigte gem. § 630e Abs. 3 BGB auch auf eine Aufklärung verzichten kann, wenn ihm danach ist. Einer solchen Auslegung tritt jedoch die Gesetzesbegründung entgegen, die feststellt, dass die Ausnahmetatbestände „in der Regel nur eingreifen, soweit die Behandlung unaufschiebbar ist oder der zur Einwilligung Berechtigte aufgrund seiner eigenen Fachkenntnisse keiner Aufklärung bedarf“.⁹²³ Gerade auch in Anbetracht dieser Ungenauigkeiten, die bei der Vorgängernorm im Referentenentwurf noch nicht zu beobachten waren,⁹²⁴ hätte der Gesetzgeber besser gänzlich auf diese Vorschrift verzichtet.⁹²⁵

⁹¹⁸ Aufklärung durch vorbehandelnden Arzt: BGH, NJW 1984, 1807 (1809); Kenntnis aus vorhergehenden Behandlungen: BGH, NJW 1974, 1422 (1423); NJW 1976, 363 (364); OLG Düsseldorf, VersR 2009, 546 (546 f.).

⁹¹⁹ Kenntnis des Patienten durch vergleichbaren Krankheitsfall im familiären Umfeld, OLG Celle, VersR 2004, 384 (385).

⁹²⁰ BGH, NJW 1984, 1807 (1809); *Katzenmeier* in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, Kap. V Rn. 36.

⁹²¹ Der Begriff „ausnahmsweise“ wurde in § 630e Abs. 3 BGB erst im Regierungsentwurf des Patientenrechtegesetzes eingefügt.

⁹²² Zum einwilligungsberechtigten Personenkreis siehe BT-Drs. 17/10488, S. 23.

⁹²³ BT-Drs. 17/10488, S. 25.

⁹²⁴ Nach § 630e Abs. 4 Satz 2 BGB-RefE sollten nur eine unaufschiebbare Behandlung und ausreichende Fachkenntnisse eine Aufklärung entbehrlich machen, vgl. Referentenentwurf zum Patientenrechtegesetz, S. 7.

⁹²⁵ Allerdings ist § 630d Abs. 2 (2. Alt.) BGB mit seinem uneingeschränkten Verweis auf § 630e Abs. 1 bis 4 BGB gleichermaßen ungenau.

5. Erläuterung der medizinischen Maßnahme gegenüber dem Einwilligungsunfähigen (Abs. 5)

Die Regelung des § 630e Abs. 5 BGB, die erst nach der Veröffentlichung des Regierungsentwurfs Eingang in das Gesetz gefunden hat,⁹²⁶ trägt einer aktuellen Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts Rechnung.⁹²⁷ Dieses hatte im März 2011 im Fall einer Zwangsbehandlung eines im psychiatrischen Maßregelvollzug Untergebrachten entschieden, dass bei der Behandlung eines Einwilligungsunfähigen „eine den Verständnismöglichkeiten des Betroffenen entsprechende Information über die beabsichtigte Behandlung und ihre Wirkungen“⁹²⁸ erforderlich ist. Diese Verpflichtung des Behandelnden leitete das Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluss aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ab.⁹²⁹ Dies war der Besonderheit des Falles geschuldet, dass es sich bei der Behandlung um eine grundrechtsrelevante staatliche Maßnahme handelte, bei der stets der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu wahren ist.⁹³⁰ Soweit kein Über-Unterordnungsverhältnis gegeben ist, wie es regelmäßig bei der Arzt-Patienten-Beziehung der Fall ist, kann man diese ärztliche Verpflichtung allerdings auch auf das Allgemeine Persönlichkeitsrecht, insbesondere auf das Selbstbestimmungsrecht des Einwilligungsunfähigen, stützen.⁹³¹ Denn auch ein einwilligungsunfähiger Patient ist selbstverständlich Träger dieser Rechte.⁹³²

a) Inhalt der Regelung

Der Gesetzeswortlaut in Absatz 5 gibt nunmehr die vom Bundesverfassungsgericht aufgestellte Verpflichtung zur Erläuterung der wesentlichen Umstände der Behandlung gegenüber dem Einwilligungsunfähigen wieder. Eine vergleichbare Norm enthielt bereits seit längerem das Arzneimittelgesetz im Zusammenhang mit der klinischen Prüfung bei Minderjährigen, vgl. § 40 Abs. 4 Nr. 3 AMG.⁹³³ Neben einer angemessenen Berücksichtigung der Grundrechte des Einwilligungsunfähigen

⁹²⁶ Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Gesundheit zum Patientenrechtegesetz v. 28.11.2012, BT-Drs. 17/11710, S. 9 und 29.

⁹²⁷ BVerfG, NJW 2011, 2113; die Aufnahme dieser Rechtsprechung in das Patientenrechtegesetz forderten *Olzen/Metzmacher*, JR 2012, 271 (275) und *Olzen/Unuzovic*, JR 2012, 447 (450).

⁹²⁸ BVerfG, NJW 2011, 2113 (2116).

⁹²⁹ BVerfG, NJW 2011, 2113 (2116).

⁹³⁰ Zur Anwendbarkeit des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes: *Epping/Hillgruber/Huster/Rux*, GG, Art. 20 Rn. 178; *Maunz/Dürig/Grzeszick*, GG, Bd. 3, Stand: 48. EGL, November 2006, Art. 20, VII. Rn. 110.

⁹³¹ *Kubella*, Patientenrechtegesetz, S. 150; *Wölk*, MedR 2001, 80 (88); *Rothärmel/Wolfsblast/Fegert*, MedR 1999, 293 (294 ff.).

⁹³² *Wölk*, MedR 2001, 80 (88); *Kubella*, Patientenrechtegesetz, S. 150.

⁹³³ Anders als im Arzneimittelrecht ist jedoch ein der Behandlung entgegenstehender Wille des Einwilligungsunfähigen unbeachtlich.

gen wird durch § 630e Abs. 5 BGB auch sichergestellt, dass nicht einwilligungsfähige Personen besser in das Behandlungsgeschehen eingebunden werden.⁹³⁴

Bei der Erläuterung der Behandlung sind Umfang sowie Art und Weise der Informationsvermittlung streng an den Verständnismöglichkeiten und dem Entwicklungsstand des Einwilligungsunfähigen auszurichten. Dadurch wird gewährleistet, dass die Informationen in angemessener Weise an den Einwilligungsunfähigen herangetragen werden. Soweit dies möglich ist, sollen die wesentlichen Aufklärungsinhalte dem Einwilligungsunfähigen vermittelt werden. Gemäß Absatz 5 Satz 2 ist § 630e Abs. 3 BGB entsprechend anwendbar, sodass die Erläuterungspflicht aus den dort geregelten Ausnahmegründen entfallen kann. Daher ist es möglich, dass der einwilligungsunfähige Patient auf eine Erläuterung verzichtet. Zudem ist eine Erläuterung entbehrlich, wenn die Behandlung unaufschiebbar ist oder erhebliche therapeutische Gründe einer solchen Erklärung entgegenstehen. Auf letzteres weist bereits Absatz 5 Satz 1 letzter Halbsatz („soweit dies nicht seinem Wohl zuwider läuft“) hin. Die offenere Formulierung „seinem Wohl zuwider“ gegenüber „erheblichen therapeutischen Gründen“, deutet darauf hin, dass etwas eher von einer Erläuterung abgesehen werden kann, als dies bei Anwendung des strengeren § 630e Abs. 3 BGB der Fall wäre. Nichtsdestotrotz darf die Erläuterungspflicht nicht auf diesem Wege entwertet werden. Aus diesem Grunde stellt der Gesetzgeber klar, dass Absatz 5 Satz 1 letzter Halbsatz bei volljährigen einwilligungsunfähigen Patienten nur in Ausnahmefällen eingreift.⁹³⁵ Dass der Einwilligungsunfähige über ausreichende Fachkenntnisse verfügt, wird als Fallgruppe der Entbehrlichkeit der Erläuterungspflicht kaum Bedeutung haben. Selbst wenn der einwilligungsunfähige Patient von Beruf Arzt ist und daher grundsätzlich übereinstimmende Fachkenntnisse verfügt, kann nicht stets davon ausgegangen werden, dass er auf dieses Wissen im Zustand der Einwilligungsunfähigkeit zurückgreifen kann.

b) Rechtsfolge bei einem Verstoß gegen die Erläuterungspflicht

Fraglich ist, welche Rechtsfolge ein Verstoß gegen die ärztliche Erläuterungspflicht des § 630e Abs. 5 BGB nach sich zieht. Für die Wirksamkeit der Einwilligung in die medizinische Maßnahme ist die Erläuterung gegenüber dem Einwilligungsunfähigen ohne Belang. Hierfür ist lediglich die ordnungsgemäße Aufklärung und Einwilligung des Vertreters erforderlich. Dies wird im Gesetzeswortlaut dadurch deutlich, dass § 630d Abs. 2 (2.Alt.) BGB als Voraussetzung für eine wirksame Einwilligung nur auf die Aufklärung gem. § 630e Abs. 1 bis 4 BGB verweist, die Erläuterungspflicht gegenüber dem Einwilligungsunfähigen in Absatz 5

⁹³⁴ Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Gesundheit zum Patientenrechtegesetz v. 28.11.2012, BT-Drs. 17/11710, S. 29.

⁹³⁵ Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Gesundheit zum Patientenrechtegesetz v. 28.11.2012, BT-Drs. 17/11710, S. 29.

aber außen vor lässt.⁹³⁶ Zudem wird dies von den Gesetzesmaterialien bestätigt⁹³⁷ und geht auch aus der oben genannten Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts hervor.⁹³⁸

Einen vertraglichen Schadensersatzanspruch wegen einer Verletzung der Erläuterungspflicht⁹³⁹ wird der übergangene Einwilligungsunfähige (vertreten durch einen gesetzlichen Vertreter) nicht geltend machen können. Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass der gesetzliche Vertreter mit dem Arzt – von Fällen einer Notfallbehandlung abgesehen – regelmäßig einen Behandlungsvertrag zu Gunsten bzw. mit Schutzwirkungen zu Gunsten des Einwilligungsunfähigen abschließt,⁹⁴⁰ sodass vertragliche Schadensersatzansprüche grundsätzlich in Betracht kommen. Denn soweit es nur um die Verletzung des Erläuterungsanspruchs des Einwilligungsunfähigen geht, ist kein ersatzfähiger Schaden festzustellen. Es käme allenfalls die Geltendmachung eines immateriellen Schadens in Betracht. Soweit Körperschäden in Frage stehen, sieht § 253 Abs. 2 BGB einen Ersatz auch von Nichtvermögensschäden vor. Der Einwilligungsunfähige kann sich aber in der vorliegenden Konstellation nicht auf die behandlungsbedingte Verletzung seines Körpers berufen, weil der Einwilligungsberechtigte wirksam in diese eingewilligt hat. Für die Verletzung des Selbstbestimmungsrechts als Teil des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts kann immaterieller Schadensersatz, wie bereits oben erläutert,⁹⁴¹ nur bei schwerwiegenden Verletzungen verlangt werden.⁹⁴² Die Nichterläuterung verletzt eindeutig das Selbstbestimmungsrecht des Einwilligungsunfähigen. Da die inhaltliche Selbstbestimmung über das „Ob“ und „Wie“ der medizinischen Maßnahme aber auf eine andere Person übertragen ist,⁹⁴³ kann in der Nichterläuterung keine schwerwiegende Persönlichkeitsverletzung erblickt werden. Auch der Gesetzgeber und das Bundesverfassungsgericht gehen offensichtlich von einer etwas herabgesetzten Bedeutung der Selbstbestimmung beim Einwilligungsunfähigen aus. Dies zeigt sich daran, dass, wie soeben dargestellt, die Erläuterung nach § 630e Abs. 5 BGB keine Wirksamkeitsvoraussetzung für die Einwilligung in die medizinische Maßnahme darstellt. Zuletzt werden auch nur selten Fälle vorkom-

⁹³⁶ Dies hat nicht nur für das Zivilrecht, sondern unter dem Aspekt eines einheitlichen Rechtswidrigkeitsurteils auch für das Strafrecht Bedeutung, vgl. *Spickhoff*, *VersR* 2013, 267 (275 und 281).

⁹³⁷ Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Gesundheit zum Patientenrechtegesetz v. 28.11.2012, BT-Drs. 17/11710, S. 29.

⁹³⁸ BVerfG, *NJW* 2011, 2113 (2116).

⁹³⁹ Bei § 630e Abs. 5 BGB handelt es sich um eine vertragliche Pflicht, siehe Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Gesundheit zum Patientenrechtegesetz v. 28.11.2012, BT-Drs. 17/11710, S. 29.

⁹⁴⁰ Vgl. dazu *Deutscher/Spickhoff*, *Medizinrecht*, Rn. 128.

⁹⁴¹ Kap. 3 V. 4. b).

⁹⁴² BGH, *NJW* 1961, 2059 (2060); 1963, 902 (903); *Bamberger/Roth/Spindler*, *BGB*, § 253 Rn. 17, 24; *Palandt/Sprau*, *BGB*, § 823 Rn. 124.

⁹⁴³ Diese andere Person steht dem Einwilligungsunfähigen regelmäßig besonders nahe. Vgl. dazu *Strätling/Scharf/Wedel/u.a.*, *MedR* 2001, 385 (385); siehe zur Betreuerwahl auch § 1897 Abs. 5 BGB.

men, in denen der Patient völlig uninformiert behandelt wird. In der Regel wird der Arzt spätestens, wenn er mit der Spritze oder dem Operationsbesteck vor den einwilligungsunfähigen Patienten tritt, sein Vorhaben in beruhigenden Worten kurz erläutern.⁹⁴⁴ Daher liegt bei Nichterläuterung keine schwerwiegende Verletzung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Einwilligungsunfähigen vor, sodass die Beanspruchung immateriellen Schadensersatzes ausscheidet. Mangels ersatzfähigen Schadens kann der übergangene einwilligungsunfähige Patient daher keinen vertraglichen Schadensersatzanspruch wegen der Verletzung der Erläuterungspflicht geltend machen.

Im Ergebnis bleibt die Verletzung der Erläuterungspflicht folglich sanktionslos, was aber nichts an ihrer verpflichtenden Geltung ändert. Für den gewissenhaften Arzt wird diese Regelung keine Neuerung bedeuten, denn dieser hat ohnehin auch den einwilligungsunfähigen Patienten nach dessen Verständnismöglichkeiten in das Behandlungsgeschehen eingebunden.

VII. Dokumentation der Behandlung, § 630f BGB

§ 630f BGB befasst sich mit der Erstellung und Aufbewahrung der Behandlungsdokumentation. Absatz 1 sieht vor, dass die Behandlungsakte sowohl in Papierform als auch in elektronischer Form⁹⁴⁵ geführt werden kann und enthält Bestimmungen zur Kenntlichmachung von Änderung an der Patientenakte. Absatz 2 bezeichnet die Behandlungsmaßnahmen und -ergebnisse, die in die Dokumentation aufgenommen werden müssen. In Absatz 3 wird Näheres zur Aufbewahrungsdauer von Patientenakten geregelt.

1. Dokumentationszwecke

In der Gesetzesbegründung zu § 630f BGB wird zunächst ausführlich auf die mit der Behandlungsdokumentation verfolgten Zwecke eingegangen. In erster Linie soll die Dokumentation eine fachgerechte Weiterbehandlung sicherstellen.⁹⁴⁶ Nur durch eine ordnungsgemäße Niederschrift der wesentlichen Behandlungsgeschehnisse werde gewährleistet, dass wichtige Informationen nicht im Behandlungsverlauf verloren gehen. Weiterhin soll die Dokumentation ermöglichen, dass andere Ärzte, die mit der Behandlung befasst werden, die Anamnese vollständig und umfassend nachvollziehen können. Darüber hinaus soll die Behandlungsakte dem

⁹⁴⁴ Diese späte Kurzinformation erfüllt zwar häufig nicht die Voraussetzungen des § 630e Abs. 5 BGB, aber sie führt dazu, dass die Persönlichkeitsrechtsverletzung jedenfalls nicht als schwerwiegend aufgefasst werden kann. Voraussetzung des beschriebenen Behandlungsverlaufs ist allerdings, dass der Einwilligungsunfähige bei der Behandlungsmaßnahme überhaupt bei Bewusstsein ist.

⁹⁴⁵ Die Zulässigkeit der Dokumentation in elektronischer Form war schon vor dem Patientenrechtegesetz anerkannt, vgl. etwa *Schmidt-Beck*, NJW 1991, 2335 (2335); § 10 Abs. 5 MBO-Ä.

⁹⁴⁶ Hierzu und zu den weiteren Funktionen der Behandlungsdokumentation siehe BT-Drs. 17/10488, S. 25 f.

Patienten Rechenschaft über den Ablauf der Behandlung geben. Dies sei deshalb nötig, weil der Patient aus fachlichen und tatsächlichen Gründen häufig das Behandlungsgeschehen nur eingeschränkt verfolgen könne. Dies liege zum einen daran, dass dem Patienten als medizinischem Laien regelmäßig die nötigen Fachkenntnisse fehlen. Zum anderen bleibe diesem im Falle einer Narkotisierung der tatsächliche Geschehensablauf unbekannt. Als letzte Funktion der Behandlungsdokumentation nennt der Gesetzgeber ausdrücklich die „faktische Beweissicherung“.⁹⁴⁷ Damit möchte er nicht lediglich allgemein auf die beweisrechtliche Relevanz der Behandlungsdokumentation hinweisen,⁹⁴⁸ sondern er erhebt die Beweissicherung explizit zum Dokumentationszweck.⁹⁴⁹ Dies wird neben der Wortwahl in der Gesetzesbegründung auch dadurch deutlich, dass die Behandlungsdokumentation, wie der Gesetzgeber an anderer Stelle ausdrücklich festlegt,⁹⁵⁰ nicht nur solange aufzubewahren ist, wie dies aus gesundheitlichen Aspekten angezeigt ist, sondern bis zivilrechtliche Haftungsansprüche verjährt sind.⁹⁵¹ Damit stellt sich der Gesetzgeber gegen die Rechtsprechung und einen Großteil der medizinrechtlichen Literatur, die bislang die Beweissicherung nicht als Dokumentationszweck angesehen haben.⁹⁵²

2. Pflicht zur Dokumentation in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang (Abs. 1 Satz 1)

Die Dokumentation, die eine vertragliche Nebenpflicht des Behandlungsvertrages ist,⁹⁵³ hat in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang mit der Behandlung zu erfolgen. Da sich die Gesetzesbegründung nicht dazu äußert, wie lange ein solcher unmittelbarer zeitlicher Zusammenhang als gewahrt anzusehen ist, muss dies anhand der bisherigen Rechtsprechung und Literatur ermittelt werden. In mehreren

⁹⁴⁷ BT-Drs. 17/10488, S. 26.

⁹⁴⁸ So aber *Katzenmeier*, NJW 2013, 817 (820 f.).

⁹⁴⁹ Widersprüchlich insoweit *Weidenkaff* (in: Palandt, BGB, § 630f Rn. 1), der einerseits darauf hinweist, dass der Zweck der Dokumentation die faktische Beweissicherung sei, andererseits aber – mit Verweis auf die (alte) Rechtsprechung – angibt, dass Beweissicherung nicht Zweck der Dokumentation sei. Ebenfalls nicht eindeutig *Spickhoff/Bleckwenn* (VersR 2013, 1350 [1354 und 1356]), die es einerseits für zweifelhaft halten, ob die Beweissicherung zum Dokumentationszweck erhoben worden ist, andererseits aber ausdrücklich von der „Beweissicherungsfunktion der Patientenakte“ sprechen.

⁹⁵⁰ BT-Drs. 17/10488, S. 26.

⁹⁵¹ Für die Beweissicherung als Zweck der Dokumentation spricht auch die verpflichtende Angabe des Änderungszeitpunkt der Patientenakte (Abs. 1 Satz 2). Dazu näher Kap. 3 VII. 3. b).

⁹⁵² BGH, NJW 1999, 3408 (3409); *Groß*, VersR 1996, 657 (663 f.); *Spickhoff/Greiner*, Medizinrecht (Kommentar), §§ 823, 831, 839 BGB Rn. 124; für eine derartige Zwecksetzung der Dokumentation aber: *Bender*, VersR 1997, 918 (923); *Dautert* in: Dokumentation und Leitlinienkonkurrenz, S. 15 (15); siehe jetzt auch *MünchKomm/Wagner*, BGB, § 823 Rn. 864.

⁹⁵³ Ebenso *Olzen/Metzmacher*, JR 2012, 271 (275); *Schlund* in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 55 Rn. 1; *von Hirschfeld/Stampehl* in: Ehlers/Brogli, Arzthaftungsrecht, Rn. 83; *Spickhoff/Scholz*, Kommentar zum Medizinrecht, § 10 MBO-Ä Rn. 2; für Einordnung als primäre Leistungspflicht: *Spickhoff*, VersR 2013, 267 (271).

älteren Oberlandesgerichtsentscheidungen wurde hierzu lediglich festgestellt, dass eine Aufzeichnung, die mehrere Monate nach der Behandlung erstellt wurde, als verspätet anzusehen ist.⁹⁵⁴ Das OLG Naumburg, das sich jüngst zur Frage der Rechtzeitigkeit der Dokumentation äußern musste, vertritt die Ansicht, dass ein Bericht, der einen Monat nach der Behandlung abgefasst wurde, durch diese zeitliche Verzögerung seinen Beweiswert nicht verliere.⁹⁵⁵ Dieser Haltung des OLG Naumburg muss entgegengetreten werden.⁹⁵⁶ Von einem (nun ausdrücklich gesetzlich geforderten) unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang zwischen Behandlung und Dokumentation kann bei einem zeitlichen Abstand von einem Monat keine Rede sein.⁹⁵⁷ Die Vorgabe „in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang“ ist deutlich schärfer als die – etwa in § 121 Abs. 1 und § 630g Abs. 1 BGB verwendete – Maßgabe „unverzüglich“ (ohne schuldhaftes Zögern).⁹⁵⁸ Bereits beim Begriff „unverzüglich“ wird aber von einer zeitlichen Obergrenze von etwa zwei Wochen ausgegangen.⁹⁵⁹

Entscheidendes Kriterium, wie viel Zeit zwischen der medizinischen Maßnahme und der Dokumentation liegen darf, muss die allgemeine, abstrakte Gedächtnisfähigkeit eines Behandelnden sein. Ärzte behandeln in aller Regel täglich eine Vielzahl von Patienten,⁹⁶⁰ deren Krankheitsbilder und -symptome sich gerade in den spezialisierten Praxen und Krankenhausstationen häufig ähneln. Daher ist ein sicheres Erinnern an alle behandlungswichtigen und dokumentationspflichtigen Daten nur einige Stunden bis hin zu maximal zwei⁹⁶¹ Tagen anzunehmen. Noch etwas strikter erscheinen Teile der medizinrechtlichen Literatur, die fordern, dass eine Dokumentation schon während oder unmittelbar nach Beendigung der jeweiligen medizinischen Maßnahme zu erfolgen habe.⁹⁶² Nimmt der Arzt mehrere Eingriffe in unmittelbarer zeitlicher Abfolge vor, reiche es aus, wenn die Dokumentation im Laufe des Behandlungstages erfolge.⁹⁶³ Bei einer gestreckten Be-

⁹⁵⁴ OLG Köln, NJW-RR 1993, 919 (919 f.) – zwei Jahre; OLG Zweibrücken, VersR 1999, 1546 (1547) – ein Jahr; OLG Saarbrücken, AHRS 6450/105 – 10 Monate.

⁹⁵⁵ OLG Naumburg, MedR 2012, 529 (530).

⁹⁵⁶ Ebenso Jauernig/*Mansel*, BGB, § 630f Rn. 4.

⁹⁵⁷ So aber *Rehborn*, MDR 2013, 565 (566).

⁹⁵⁸ *Spickhoff*, VersR 2013, 267 (277); a. A. *Rehborn*, MDR 2013, 565 (565).

⁹⁵⁹ Palandt/*Ellenberger*, BGB, § 121 Rn. 3 m. w. N.; Bamberger/Roth/*Wendtland*, BGB, § 121 Rn. 7.

⁹⁶⁰ Eine Studie der Barmer GEK geht von 45 Patienten pro Werktag aus, siehe *Barmer GEK*, Barmer GEK Ärztereport Januar 2010, S. 57 f., abrufbar unter: <http://presse.barmer-gek.de/barmer/web/Portale/Presseportal/Subportal/Infothek/Studien-und-Reports/Arztreport/Arztreport-2010/PDF-Arzt-report,property=Data.pdf> <zuletzt abgerufen am 2.9.2013>.

⁹⁶¹ Ebenso das Eckpunktepapier der Gesundheitsminister der (damals) SPD-geführten Bundesländer „Patientenrechte in Deutschland“ vom 16.11.2011, S. 5, welches ausdrücklich 48 Stunden als maximale Zeitspanne zwischen der Behandlung und der Dokumentation angibt, abrufbar unter: <http://www.hamburg.de/contentblob/3152232/data/bgv-patientenrechte-eckpunktepapier.pdf> <zuletzt abgerufen am 1.7.2014>.

⁹⁶² *Wendt*, Die ärztliche Dokumentation, S. 65; *Schlund* in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 55 Rn. 12.

⁹⁶³ *Spickhoff*, VersR 2013, 267 (277).

handlung müsse nach jedem Behandlungsabschnitt die Behandlungsdokumentation vollständig vorliegen.⁹⁶⁴

Folglich ist eine Dokumentation jedenfalls dann verspätet, wenn sie mehr als zwei Tage nach der Behandlung bzw. nach Ende des Behandlungsabschnitts erfolgt. Die Rechtsfolge dieser Dokumentationspflichtverletzung wird ausführlich bei § 630h Abs. 3 BGB erläutert.⁹⁶⁵

3. Pflicht zur Kenntlichmachung von Veränderungen an der Patientenakte (Abs. 1 Satz 2 und 3)

§ 630f Abs. 2 Satz 2 und 3 BGB enthält die in dieser Form neue Pflicht, Änderungen und Berichtigungen an der Behandlungsdokumentation kenntlich zu machen. Der Grund für diese Regelung ist, dass es in der Vergangenheit immer wieder vorgekommen ist, dass Ärzte mit Blick auf einen befürchteten Schadensersatzprozess die Behandlungsdokumentation manipuliert haben.⁹⁶⁶ Der Gesetzgeber gibt daher als Ziel der Bestimmung eine „fälschungssichere Organisation der Dokumentation“ nach dem Vorbild der Buchführung im Handelsgesetzbuch und in der Abgabenordnung aus.⁹⁶⁷ Dementsprechend sind die Grundsätze zur ordnungsgemäßen Buchführung im Handels- und Abgabenrecht auf die Patientendokumentation übertragbar. Zur Erreichung des Ziels der fälschungssicheren Dokumentation enthalten § 630f Abs. 2 Sätze 2 und 3 BGB insgesamt drei Vorgaben für Änderungen an der Patientenakte. Erstens muss der Arzt bei jeder Änderung gewährleisten, dass der ursprüngliche Inhalt der Patientendokumentation erkennbar bleibt, zweitens muss der Änderungszeitpunkt vermerkt werden und drittens muss in technischer Hinsicht sichergestellt werden, dass die Patientenakte nicht manipuliert werden kann.

a) Gewährleistung der Erkennbarkeit des ursprünglichen Inhalts

Die ärztliche Pflicht, bei jeder Änderung der Behandlungsdokumentation die Erkennbarkeit des ursprünglichen Inhalts zu gewährleisten, führt dazu, dass der Behandelnde nichts unkenntlich durchstreichen, schwärzen, überkleben oder sonst unwiderruflich löschen darf.⁹⁶⁸ Bei einer Neufassung der Behandlungsdokumentation „in Reinschrift“ darf das ursprüngliche elektronische oder

⁹⁶⁴ Katzenmeier in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, *Arztrecht*, Kap. IX Rn. 52; Wasserburg, NJW 1980, 617 (618).

⁹⁶⁵ Siehe unten Kap. 3 IX. 3. b) aa).

⁹⁶⁶ Siehe auch Spickhoff, ZRP 2012, 65 (69).

⁹⁶⁷ BT-Drs. 17/10488, S. 26.

⁹⁶⁸ Raßbruch, PflR 1998, 126 (129); vgl. auch Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Wiedmann, HGB, § 239 Rn. 8; MünchKomm/Ballwieser, HGB, § 239 Rn. 8.

(hand-)schriftliche Dokument daher auch nicht beseitigt werden, sondern muss zusammen mit der neuen Patientenakte aufbewahrt bzw. gesichert werden.⁹⁶⁹

b) Angabe des Änderungszeitpunkts

Die Vorgabe, den Zeitpunkt der Änderung in der Patientenakte zu vermerken, beruht auf der Stellungnahme des Bundesrates zum Patientenrechtegesetz und wurde erst im Rahmen der Beratungen im Rechtsausschuss des Bundestages in das Gesetz aufgenommen.⁹⁷⁰ Die Maßgabe soll Revisionssicherheit dahingehend gewährleisten, dass erkennbar bleibt, wann welche Behandlungsschritte dokumentiert wurden.⁹⁷¹ Sie illustriert, dass Zweck der Behandlungsdokumentation neben der Weiterbehandlung nunmehr auch die Beweissicherung für einen späteren Arzthaftungsprozess ist. Denn für eine Weiterbehandlung ist es regelmäßig nicht von Bedeutung, wann die Daten eingetragen wurden, sondern nur, ob die dokumentierten Informationen richtig und vollständig sind. Im Arzthaftungsprozess hingegen kann der Änderungszeitpunkt der Dokumentation eine zentrale Rolle spielen. Ergibt sich hieraus etwa, dass die Veränderung der Patientenakte erst zu einem Zeitpunkt vorgenommen wurde, zu dem sich bereits die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen durch den Patienten abgezeichnet hat, so ist dies wenigstens ein Indiz dafür, dass die Behandlungsdokumentation unrichtig ist. Erstaunlicherweise sieht der Gesetzgeber nicht vor, dass der Zeitpunkt der Original- bzw. Erstdokumentation in die Behandlungsakte aufzunehmen ist. Allerdings ist den Ärzten auch ohne eine dahingehende Verpflichtung zu raten, diesen Zeitpunkt ebenfalls zu dokumentieren, zumal sie auf diese Weise nachweisen können, dass die Dokumentation tatsächlich in unmittelbarem zeitlichem Zusammenhang mit der Behandlung erfolgt ist.⁹⁷²

c) Technische Gewährleistung der Manipulationsicherheit

Weiterhin müssen Ärzte in technischer Hinsicht sicherstellen, dass die Behandlungsdokumentation nicht manipuliert werden kann.⁹⁷³ Dies gilt zwar in erster

⁹⁶⁹ Dies gilt grundsätzlich unabhängig davon, ob sich bereits die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen durch den Patienten abzeichnet oder nicht. Allerdings darf durch diese „scharfe“ Linie eine Gesamtdigitalisierung von Patientenakten in einer Praxis oder einem Krankenhaus nicht zu sehr erschwert werden. In einem solchen Fall erscheint daher die Vernichtung der schriftlichen Dokumente dann hinnehmbar, wenn zum jeweiligen Zeitpunkt im konkreten Einzelfall nicht mit einem Arzthaftungsprozess zu rechnen war.

⁹⁷⁰ Stellungnahme des Bundesrates zum Patientenrechtegesetz, BT-Drs. 17/10488, S. 42.

⁹⁷¹ Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Gesundheit zum Patientenrechtegesetz v. 28.11.2012, BT-Drs. 17/11710, S. 29.

⁹⁷² Ebenso *Spickhoff*, VersR 2013, 267 (277).

⁹⁷³ Siehe dazu Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Gesundheit zum Patientenrechtegesetz v. 28.11.2012, BT-Drs. 17/11710, S. 29. Wenn der Gesetzgeber Manipulationen an der Patientenakte befürchtet, hat er dabei weniger die Veränderung durch außenstehende Dritte, als vielmehr eine (nachträgliche) Manipulation durch den Arzt selbst vor Augen.

Linie für die elektronische Patientenakte (vgl. Satz 3), die Manipulationssicherheit muss aber auch bei der Behandlungsdokumentation in Papierform gewährleistet werden.⁹⁷⁴ Die ärztliche Verpflichtung von vornherein manipulationssicher zu dokumentieren, dient vor allem den Beweissicherungsinteressen des Patienten.⁹⁷⁵ Nicht zuletzt wird aber auch der Arzt selbst durch eine manipulationssichere Dokumentation geschützt. Zum einen kann er einem unberechtigten Schadensersatzverlangen des Patienten die ordnungsgemäße, manipulationssichere Dokumentation entgegenhalten. Zum anderen wird der Arzt auch gewissermaßen vor sich selbst geschützt. Die Verlockung eine Patientenakte, die man als Arzt regelmäßig selbst in Händen hält, im Haftungsfall zu den eigenen Gunsten zu verändern, wenn man einen Behandlungsfehler erkennt, ist alles andere als gering. Diese Veränderung, die immerhin den Tatbestand der Urkundenfälschung (§ 267 StGB) erfüllt,⁹⁷⁶ ist bei einer manipulationssicheren Originaldokumentation schlicht unmöglich, sodass der Arzt auch der besagten Versuchung nicht ausgesetzt ist.

Wie eine manipulationssichere Dokumentation auszusehen hat, unterscheidet sich je nachdem, ob die Patientenakte in Papierform oder in elektronischer Form geführt wird. Bei einer Akte in Papierform muss der Arzt mit dokumentenechten Schreibmaterialien arbeiten.⁹⁷⁷ Eine Dokumentation mit Bleistift ist dementsprechend nicht zulässig.⁹⁷⁸ Weiterhin darf der Arzt bei der Erstdokumentation keine

⁹⁷⁴ Letzteres verdeutlicht der Wortlaut des § 630f Abs. 1 Satz 3 BGB durch das Wort „auch“.

⁹⁷⁵ Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Gesundheit zum Patientenrechtegesetz v. 28.11.2012, BT-Drs. 17/11710, S. 29; *Rebborn*, MDR 2013, 565 (566) scheint davon auszugehen, dass ein schlichtes korrektes Abspeichern einer Änderung an der elektronischen Akte den Voraussetzungen des § 630f Abs. 1 BGB genügt. Dies ist aber unrichtig, weil der Gesetzgeber von vornherein die Verwendung einer Dokumentationssoftware verlangt, die zwangsläufig Änderungen als solche erkennbar werden lässt.

⁹⁷⁶ Die Behandlungsdokumentation stellt eine Urkunde (sofern sie aus mehreren Einzeldokumenten eine Gesamturkunde) i. S. d. § 267 StGB dar. Ein strafbares Verfälschen einer Urkunde (§ 267 Abs. 1 [2. Var.] StGB) liegt vor, wenn der gedankliche Inhalt der Urkunde nachträglich so geändert wird, dass der Anschein erweckt wird, der Aussteller habe die Erklärung in der Form abgegeben, wie sie nach der Veränderung vorliegt (vgl. dazu *Rengier*, Strafrecht Besonderer Teil II, § 33 Rn. 21). Grundsätzlich darf ein Aussteller eine ihm gehörende Urkunde zwar verändern, sobald aber eine andere Person ein Beweisinteresse an der Urkunde hat, stellt das nachträgliche Verändern ohne entsprechende Kenntlichmachung eine Urkundenfälschung i. S. d. § 267 Abs. 1 (2. Var.) StGB dar (vgl. *Rengier*, Strafrecht Besonderer Teil II, Rn. 24). Der Patient hat ab dem Zeitpunkt der Erstellung der Patientenakte ein beweisrechtliches Interesse an der Dokumentation (vgl. dazu die Dokumentationszwecke, Kap. 3 VII. 1.). Jede Veränderung, die der Arzt vornimmt, ohne sie als solche zu kennzeichnen, erfüllt daher den Tatbestand einer Urkundenfälschung i. S. d. § 267 Abs. 1 (2. Var.) StGB. Siehe zur Urkundenfälschung durch einen Arzt auch OLG Koblenz, NJW 1995, 1624 (1625 ff.). Zur vergleichbaren Strafbarkeit bei Veränderung der handelsrechtlichen Buchführung siehe MünchKomm/*Graf*, Bilanzrecht, § 239 HGB Rn. 18.

⁹⁷⁷ MünchKomm/*Graf*, Bilanzrecht, § 239 HGB Rn. 14; *Pahlke/Koenig/Cöster*, AO, § 146 Rn. 40; MünchKomm/*Ballwieser*, HGB, § 239 Rn. 8.

⁹⁷⁸ *Klein/Rütke*, AO, § 146 Rn. 101; *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Wiedmann*, HGB, § 239 Rn. 8.

Lücken lassen um spätere Einfügungen zu ermöglichen.⁹⁷⁹ Während sich bei der Patientenakte in Papierform die Manipulation oder auch die Nichtmanipulation von der Patienten- bzw. Ärzteseite mit kriminalistischen Mittel – gegebenenfalls allerdings unter großem Aufwand – nachweisen lässt, ist dies bei elektronischer Führung der Patientendokumentation (nahezu) unmöglich.⁹⁸⁰ Denn bei einer Krankenakte in elektronischer Form kann ein nachträgliches Abändern und Überschreiben der Originaldaten in einer Weise vorgenommen werden, die Änderungen nicht als solche erkennbar werden lässt.⁹⁸¹ Daher verlangt der Gesetzgeber bei der elektronischen Dokumentation von vornherein die Verwendung einer Software, die „die Revisionsicherheit der elektronischen Dokumentation“ gewährleistet.⁹⁸² Die Dokumentationssoftware muss programmmäßige Sperren und Sicherungen enthalten, die von der ersten Speicherung an sicherstellen, dass eingetragene Informationen nicht nachträglich geändert werden können⁹⁸³ oder zumindest bei jeder Veränderung der ursprüngliche Inhalt erkennbar bleibt.⁹⁸⁴ Dies kann etwa durch die Verwendung einer qualifizierten elektronischen Signatur i. S. d. Signaturgesetzes erreicht werden.⁹⁸⁵ Derartige Signaturen können bei Zertifizierungsdiensteanbietern beantragt werden (vgl. § 5 SigG). Wird ein Dokument mit einer qualifizierten elektronischen Signatur versehen, kann dieses nicht mehr inhaltlich verändert werden, ohne dass die Signatur zerstört wird.⁹⁸⁶ Änderungen und Berichtigungen sind daher nur in einem weiteren Dokument möglich, das anschließend mit dem Ursprungsdokument durch eine sog. „elektronische Klammer“ untrennbar verbunden wird und dann erneut mit einer elektronischen Signatur versehen wird.⁹⁸⁷ Neben der Sicherstellung der Erkennbarkeit des ursprünglichen Inhalts muss die verwendete Dokumentationssoftware auch gewährleisten,

⁹⁷⁹ Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Wiedmann, HGB, § 239 Rn. 8.

⁹⁸⁰ Siehe dazu *Spickhoff*, VersR 2013, 267 (277); siehe auch *Muschner*, VersR 2006, 621 (622). Zur daraus folgenden erhöhten Manipulationsgefahr bei elektronischen Patientenakten näher *Bork/Stehle*, DÄ 2002, A 3164 (A 3164); *Schmidt-Beck*, NJW 1991, 2335 (2336).

⁹⁸¹ So bereits *Deutsch*, MedR 1998, 206 (207). Der Vorschlag die Dokumentation dadurch fälschungssicher zu machen, dass sie wöchentlich oder monatlich auf einer nur einmal beschreibbaren CD gespeichert wird, ist allerdings bei den heutigen technischen Möglichkeiten nicht mehr uneingeschränkt dazu geeignet, Fälschungssicherheit zu gewährleisten.

⁹⁸² Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Gesundheit zum Patientenrechtegesetz v. 28.11.2012, BT-Drs. 17/11710, S. 29.

⁹⁸³ FG Düsseldorf, EFG 2008, 1256 (1257); EFG 2007, 814 (815).

⁹⁸⁴ So für die jetzige Rechtslage *Jauernig/Mansel*, BGB, § 630f Rn. 5; dies bereits bei alter Rechtslage fordernd: *Schmidt-Beck*, NJW 1991, 2335 (2337); zum Abgaben- und Handelsrecht siehe: *Klein/Rätke*, AO, § 146 Rn. 101; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Wiedmann, HGB, § 239 Rn. 8; siehe auch *Pahlke/Koenig/Cöster*, AO, § 146 Rn. 40; MünchKomm/Graf, Bilanzrecht, § 239 HGB Rn. 17.

⁹⁸⁵ Ausführlich zu den technischen Möglichkeiten und Voraussetzungen der Erstellung einer manipulationssicheren Dokumentation: *Bittner*, Die virtuelle Patientenakte, S. 33 ff.; *BÄK/KBV*, DÄ 2008, A 1026 (A 1027 ff.).

⁹⁸⁶ *BÄK/KBV*, DÄ 2008, A 1026 (A 1028); siehe auch *Höhne/Pöhls/Samelin*, DuD 2012, 485 (486).

⁹⁸⁷ *BÄK/KBV*, DÄ 2008, A 1026 (A 1028).

dass der Zeitpunkt der Veränderung sichtbar wird.⁹⁸⁸ Dies ist durch sogenannte „Zeitstempel“ möglich.⁹⁸⁹

Problematisch ist, dass bis heute unklar ist, ob die in den Arztpraxen und Krankenhäusern verwendete Software in allen Fällen den Anforderungen an die Manipulationssicherheit genügt.⁹⁹⁰ Welche Rechtsfolgen sich aus der Verwendung einer nicht manipulations sicheren Dokumentationssoftware ergeben, wird bei § 630h Abs. 3 BGB erörtert.⁹⁹¹

4. Inhalt der Dokumentationspflicht (Abs. 2)

Der Inhalt der Dokumentationspflicht wird in Absatz 2 durch eine generalklauselartige Formulierung⁹⁹² sowie die Nennung etlicher Beispiele beschrieben. Letztere zeigen die wichtigsten dokumentationsbedürftigen Umstände auf, ohne allerdings den Umfang der Dokumentationspflicht abschließend zu bestimmen.⁹⁹³ Diese Regelungstechnik, die der Gesetzgeber auch an anderer Stelle im Behandlungsvertragsrecht bemüht,⁹⁹⁴ lässt der Rechtsprechung und der Literatur die Möglichkeit offen, neue Anforderungen an die Dokumentation zu entwickeln.

Neben zahlreichen anderen dokumentationspflichtigen Umständen wird in Absatz 2 die Aufklärung genannt. Dies ist deshalb erwähnenswert, weil die Dokumentationspflichtigkeit der Aufklärung nach bisheriger Rechtslage umstritten war. Eine Ansicht ging schon nach alter Rechtslage davon aus, dass die Aufklärung dokumentiert werden muss.⁹⁹⁵ Die wohl herrschende Auffassung sprach sich demgegenüber gegen eine solche Verpflichtung aus.⁹⁹⁶ Sie wies allerdings darauf hin, dass dem Arzt, der hinsichtlich der Aufklärung beweibelastet ist, auch ohne eine entsprechende Verpflichtung zu raten ist, die Aufklärung zu dokumentieren.⁹⁹⁷

Die gesetzgeberische Festlegung der Dokumentationspflichtigkeit der Aufklärung hat für den Arzt keinerlei beweisrechtliche Nachteile. Unterlässt er die Dokumentation der Aufklärung, so wird zwar gemäß § 630h Abs. 3 BGB vermutet, dass die Aufklärung nicht erfolgt ist, diese Vermutung kann der Arzt aber mit

⁹⁸⁸ Klein/Rätke, AO, § 146 Rn. 101; vgl. dazu bereits *Schmidt-Beck*, NJW 1991, 2335 (2337).

⁹⁸⁹ Dazu ausführlich *Bork/Steble*, DÄ 2002, A 3164 (A 3164 f.).

⁹⁹⁰ *Spickhoff/Bleckwenn*, VersR 2013, 1350 (1358).

⁹⁹¹ Siehe unten Kap. 3 IX. 3. b) dd).

⁹⁹² Es müssen in die Patientenakte „sämtliche aus fachlicher Hinsicht für die derzeitige und künftige Behandlung wesentlichen Maßnahmen und deren Ergebnisse“ aufgenommen werden.

⁹⁹³ BT-Drs. 17/10488, S. 26.

⁹⁹⁴ Siehe etwa § 630c Abs. 2 Satz 1 BGB bei der therapeutischen oder § 630e Abs. 1 Satz 2 BGB bei der Selbstbestimmungsaufklärung.

⁹⁹⁵ OLG Frankfurt, NJW 1981, 1322 (1323); *Schlund* in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 55 Rn. 9; *Katzenmeier* in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, Kap. IX Rn. 51.

⁹⁹⁶ OLG Brandenburg, NJW-RR 2000, 398 (400); *Bender*, VersR 1997, 918 (919); *Muschner*, VersR 2006, 621 (622); *Bamberger/Roth/Spindler*, BGB, § 823 Rn. 806; *Martis/Winkhart-Martis*, Arzthafungsrecht – Fallgruppenkommentar, Kap. D Rn. 392 f.

⁹⁹⁷ *Muschner*, VersR 2006, 621 (622).

einem Gegenbeweis widerlegen, vgl. § 292 Satz 1 ZPO. Da der Arzt ohnehin gemäß § 630h Abs. 2 Satz 1 BGB zum Beweis einer ordnungsgemäßen Aufklärung verpflichtet ist, stellt dies für den Arzt keine Verschlechterung seiner Beweissituation dar. Anders formuliert deckt sich die von § 630h Abs. 3 BGB herbeigeführte Beweislastumkehr an dieser Stelle mit der ohnehin geltenden Beweislastverteilung bei der Aufklärung nach § 630h Abs. 2 Satz 1 BGB.

Weiterhin legt § 630f Abs. 2 Satz 2 BGB fest, dass Arztbriefe in die Patientenakte aufgenommen werden müssen. Da diese als Transferdokumente zwischen zwei Ärzten fungieren, müssen sowohl der absendende als auch der empfangende Behandler den Arztbrief in die Patientenakte übernehmen. Probleme können dabei auftreten, wenn ein Arzt, der mit einer elektronischen Patientenakte arbeitet, den Arztbrief nur in Papierform übermittelt bekommt.⁹⁹⁸ Eine Umwandlung in elektronische Form kann in diesem Falle nur durch einscannen erfolgen.⁹⁹⁹ Dabei muss das elektronische Dokument auf Vollständigkeit überprüft und sollte mit dem Vermerk versehen werden, dass die elektronische Datei und das schriftliche Dokument inhaltlich übereinstimmen. Da ein absolut sicherer Nachweis, dass das elektronische Dokument und der Originalarztbrief inhaltsidentisch sind, nur mit dem schriftlichen Original erbracht werden kann, müsste dieses eigentlich zusätzlich aufbewahrt werden.¹⁰⁰⁰ Da aber beim Absender des Arztbriefes in der Patientenakte ein Vergleichsdokument zur Verfügung steht, erscheint eine Vernichtung des Schriftstücks hier hinnehmbar zu sein.

Im Übrigen decken sich die vom Gesetzgeber aufgeführten dokumentationspflichtigen Umstände mit den in der Literatur und Rechtsprechung anerkannten Grundsätzen.¹⁰⁰¹

5. Aufbewahrungspflicht (Abs. 3)

a) Inhalt der gesetzlichen Regelung

Nach Absatz 3 muss die Behandlungsdokumentation grundsätzlich für die Dauer von zehn Jahren nach Abschluss der Behandlung¹⁰⁰² aufbewahrt werden. Bei dieser zehnjährigen Frist lehnt sich der Gesetzgeber an § 10 Abs. 3 MBO-Ä an, der diese Aufbewahrungsdauer seit langem berufsrechtlich verankert hat. Andere

⁹⁹⁸ Die Problematik der Digitalisierung von Arztbriefen ebenfalls aufwerfend *Reuter/Hahn*, VuR 2012, 247 (255).

⁹⁹⁹ Hierzu und zum Folgenden *BÄK/KBV*, DÄ 2008, A 1026 (A 1028).

¹⁰⁰⁰ Siehe dazu bereits oben Kap. 3 VII. 3. a).

¹⁰⁰¹ Ebenso *Wagner*, VersR 2012, 789 (794); *Olzen/Metzmacher*, JR 2012, 271 (275). Ausführlich zu Umfang und Inhalt der Dokumentationspflicht siehe etwa *Schlund* in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 55 Rn. 5 ff.

¹⁰⁰² Unter „Abschluss der Behandlung“ ist die Beendigung der Behandlung eines bestimmten Krankheitsbildes durch einen konkreten Arzt zu verstehen. Bei einer gestreckten Behandlung ist die Behandlung daher erst mit der letzten Einzelmaßnahme abgeschlossen.

Aufbewahrungszeitspannen, insbesondere längere¹⁰⁰³ sollen durch § 630f Abs. 3 BGB allerdings unberührt bleiben. Zu nennen sind etwa die 30-jährige Aufbewahrungsfrist nach §§ 28 Abs. 3 RöV, § 42 Abs. 1 StrlSchV oder nach § 14 Abs. 3 TFG.¹⁰⁰⁴

Aus der Gesetzesbegründung geht darüber hinaus hervor, dass sich eine über zehn Jahre hinausgehende Aufbewahrungsdauer auch aus dem gesundheitlichen Zustand des Patienten oder aus einer längeren Verjährungsfrist von zivilrechtlichen Ansprüchen des Patienten ergeben kann.¹⁰⁰⁵ Gerade letzteres hat erhebliche Auswirkungen auf die Aufbewahrungsdauer. Da Arzthaftungsansprüche nahezu immer auf der Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit beruhen,¹⁰⁰⁶ verjähren diese ohne Rücksicht auf die Kenntnis bzw. grob fahrlässige Unkenntnis des Patienten erst nach 30 Jahren (vgl. § 199 Abs. 2 BGB). Da sich wiederum an jede ärztliche Behandlung potentiell eine arzthaftungsrechtliche Auseinandersetzung anschließen kann, muss der Arzt die Behandlungsdokumentation quasi immer für eine Zeitspanne von 30 Jahren aufbewahren.¹⁰⁰⁷ Diese Verknüpfung der Aufbewahrungsdauer mit der Verjährungsfrist ist konsequent, hat der Gesetzgeber doch entschieden, dass auch die Beweissicherung eine Funktion der ärztlichen Dokumentation ist.¹⁰⁰⁸ Dementsprechend müssen die Beweise auch so lange aufbewahrt werden, wie potentielle Ansprüche des Patienten bestehen. Im Ergebnis besteht daher wegen der langen Verjährungsfrist des § 199 Abs. 2 BGB im Regelfall eine 30-jährige Aufbewahrungsfrist für Patientenakten.¹⁰⁰⁹

In Anbetracht dessen sind sowohl Gesetzestext als auch Gesetzesbegründung scharf zu kritisieren. Der Wortlaut des § 630f Abs. 3 BGB gibt das Verhältnis von Regel (30 Jahre) und Ausnahme (zehn Jahre) nicht richtig wieder. Der Gesetzgeber hätte in § 630f Abs. 3 BGB ausdrücklich eine Aufbewahrung für 30 Jahre verlangen müssen und nur für den Fall, dass ausnahmsweise sämtliche Ansprüche des Patienten früher verjähren, eine frühere Vernichtung der Patientendokumenta-

¹⁰⁰³ Im Referentenentwurf bezog sich der Nachsatz des Absatzes 3 ausdrücklich nur auf „längere“ und nicht auf „andere“ Aufbewahrungsfristen. Eine Vorschrift, die eine kürzere als die zehnjährige Aufbewahrung vorsieht, ist etwa § 8 Abs. 5 Betäubungsmittel-Verschreibungsverordnung (drei Jahre).

¹⁰⁰⁴ Weitere Hinweise zu anderen Aufbewahrungsfristen sind zu finden bei: *Muschner*, VersR 2006, 621 (625); *Schlund* in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 55 Rn. 13.

¹⁰⁰⁵ BT-Drs. 17/10488, S. 26.

¹⁰⁰⁶ Eine Ausnahme, in der lediglich Vermögensinteressen des Patienten betroffen sind, ist die Verletzung der wirtschaftlichen Aufklärungspflicht durch den Arzt (§§ 280 Abs. 1, 630c Abs. 3 BGB).

¹⁰⁰⁷ Hierzu bereits nach alter Rechtslage ratend: *Katzenmeier* in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, Kap. IX, Rn. 53. *A. Walter* (GesR 2013, 129 [133]) hält demgegenüber nur ausnahmsweise unter nicht näher dargelegten besonderen Umständen eine über die zehnjährige Frist hinausgehende Aufbewahrung für erforderlich. Ähnlich auch *Weidenkauff* (in: Palandt, BGB, § 630f Rn. 4), der von einer regelmäßigen Aufbewahrungsfrist von 10 Jahren ausgeht.

¹⁰⁰⁸ BT-Drs. 17/10488, S. 26.

¹⁰⁰⁹ *U. Walter* (Das neue Patientenrechtgesetz, Rn. 224) sieht darin hingegen keine ausdrückliche Pflicht zur Aufbewahrung, ohne dies allerdings näher zu begründen.

tion zulassen können.¹⁰¹⁰ Der Gesetzgeber war bei § 630f Abs. 3 BGB offensichtlich nicht couragiert genug, um zu klaren Aussagen zu stehen. So hat er auch nicht hinreichend verdeutlicht, dass die Verknüpfung von Aufbewahrungs- und Verjährungsfrist eine deutliche Verschärfung der Aufbewahrungspflicht im Vergleich zur bisherigen Rechtsprechung zur Folge hat.¹⁰¹¹ Diese ging nämlich bislang davon aus, dass – anknüpfend daran, dass nur Gesundheits- nicht aber Beweissicherungszwecke die Dokumentationspflicht begründen – eine zehnjährige Aufbewahrung der Patientenakten ausreichend ist.¹⁰¹²

b) Vertragliche Begrenzung der Aufbewahrungsdauer

Da dementsprechend regelmäßig von einer Aufbewahrungsdauer von 30 Jahren auszugehen ist, stellt sich die Frage, ob Arzt und Patient diese Frist vertraglich etwa auf zehn Jahre begrenzen können. Dass Ärzte und Krankenhäuser aus logistischen Gründen hieran ein nicht geringes Interesse haben, liegt auf der Hand. Aber auch der Patient kann im Rahmen seines informationellen Selbstbestimmungsrechts durchaus ein Interesse daran haben, dass – teilweise hochsensible – Behandlungsdaten nicht übermäßig lange aufbewahrt und damit der Gefahr des unberechtigten Auslesens ausgesetzt werden.¹⁰¹³ Dieser Überlegung entsprechend sieht etwa § 12 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 GenDG für den Bereich der Gendiagnostik einen patientenseitigen Vernichtungsanspruch der Untersuchungsergebnisse und -unterlagen vor.

aa) Individualvertragliche Begrenzung

Ob eine individualvertragliche Begrenzung der Aufbewahrungspflicht auf zehn Jahre zulässig ist, hängt entscheidend davon ab, ob § 630f Abs. 3 BGB abdingbar ist.¹⁰¹⁴ Die Vorschriften im Bürgerlichen Gesetzbuch sind in der Regel abdingbar, was darauf beruht, dass die Vertragsfreiheit ein Grundelement des Zivilrechts darstellt.¹⁰¹⁵ Es existieren allerdings Vorschriften, die bereits in ihrem Normtext darauf hinweisen, dass sie unabdingbar sind. Einen solchen Hinweis enthält § 630f Abs. 3 BGB nicht. Daneben kann sich aus dem Zweck einer Vorschrift ergeben, dass sie einen zwingenden Charakter aufweist. Dies ist insbesondere dann anzunehmen, wenn die Norm dazu dient, der schwächeren und daher schützenswerten Vertragspartei eines Rechtsverhältnisses einen Mindestschutz zu gewährleisten.¹⁰¹⁶

¹⁰¹⁰ Auch die Formulierung in der Gesetzesbegründung „die Aufbewahrungsfrist kann [aufgrund einer längeren Verjährungsfrist] über zehn Jahre hinausgehen“ (BT-Drs. 17/10488, S. 26) verschlei-ert, dass solche längeren Verjährungsfristen, wie gezeigt, im Arztrecht der absolute Regelfall sind.

¹⁰¹¹ Im Gegenteil verweist der Gesetzgeber darauf, dass er sich bei § 630f Abs. 3 BGB an der Rechtsprechung der oberinstanzlichen Gerichte orientiert hat, BT-Drs. 17/10488, S. 26.

¹⁰¹² So etwa OLG Karlsruhe, BeckRS 2004, 18606 (Rn. 7); OLG Hamm, VersR 2005, 412 (414).

¹⁰¹³ Vgl. auch Reuter/Hahn, VuR 2012, 247 (255).

¹⁰¹⁴ Siehe auch Reuter/Hahn, VuR 2012, 247 (255).

¹⁰¹⁵ Fikentscher/Heinemann, Schuldrecht, Rn. 152; Schwab/Löhnig, Einführung in das Zivilrecht, Rn. 49.

¹⁰¹⁶ Schwab/Löhnig, Einführung in das Zivilrecht, Rn. 52; Fikentscher/Heinemann, Schuldrecht, Rn. 152.

Der Patient ist gerade in Bezug auf die Dokumentations- und Aufbewahrungspflicht als schwächere Partei des Behandlungsvertrages anzusehen. Er ist bei der Behandlung häufig sowohl hinsichtlich des Fachwissens als auch bezüglich der Tatsachenkenntnis¹⁰¹⁷ unterlegen und hat zudem nicht ohne Weiteres Zugriff auf die beim Arzt liegende Patientenakte.¹⁰¹⁸ Er ist daher auf eine Dokumentation der Behandlung und eine ordnungsgemäße Aufbewahrung zwingend angewiesen.

Da die erstmalige Geltendmachung von Arzthaftungsansprüchen nach mehr als zehn Jahren aber eher unwahrscheinlich ist, genügt es zur Gewährleistung des besagten Mindestschutzes des („schwächeren“) Patienten aber jedenfalls, wenn die Dokumentation nach der Behandlung zehn Jahre aufbewahrt wird. Daher hat § 630f Abs. 3 BGB wenigstens für den Zeitraum nach Ablauf von zehn Jahren keinen zwingenden Charakter.¹⁰¹⁹ Eine individualvertragliche Abbedingung der Aufbewahrung auf zehn Jahre ist deshalb zulässig.

bb) Formulärmäßige Begrenzung

Weiterhin stellt sich die Frage, ob die Aufbewahrungsdauer formulärmäßig auf zehn Jahre begrenzt werden kann. Dazu darf eine solche Begrenzungsklausel keine unzulässige Haftungsbegrenzung i. S. d. § 309 Nr. 7 a), b) BGB darstellen. Für einen haftungsbegrenzenden Charakter einer derartigen Klausel spricht, dass sich mit der Vernichtung der Patientenakte nach zehn Jahren die Beweislage für den Patienten im Arzthaftungsprozess deutlich verschlechtert. Einerseits kann der Patient im Falle einer späteren arzthaftungsrechtlichen Auseinandersetzung auf wichtige Beweismittel nicht zurückgreifen. Andererseits steht ihm wegen der vertraglichen Vereinbarung der Vernichtung der Akten auch die Beweislastumkehr des § 630h Abs. 3 (2. Alt.) BGB nicht zur Seite.

Gegen die Annahme einer unzulässigen Haftungsbegrenzung spricht aber, dass die Durchsetzung der Ansprüche des Patienten durch diese Klausel nur erschwert, nicht aber ausgeschlossen wird. Der Patient kann sich im Arzthaftungsprozess noch anderer Beweismittel, insbesondere eines Sachverständigengutachtens bedienen. Anders als bei einer formulärmäßig nicht zulässigen Verkürzung der Verjährungsfrist¹⁰²⁰ wird der Anspruch nicht tatsächlich in zeitlicher Hinsicht begrenzt. Darüber hinaus orientiert sich eine derartige Begrenzungsklausel am – wohlgermerkt äußerst unglücklichen – Wortlaut des § 630f Abs. 3 BGB, weshalb kein Verstoß gegen § 309 Nr. 7 a), b) BGB festzustellen ist.

¹⁰¹⁷ Grund hierfür ist, dass medizinische Maßnahmen häufig unter Sedierung bzw. Narkose stattfinden.

¹⁰¹⁸ Siehe aber das Akteneinsichtsrecht gemäß § 630g BGB.

¹⁰¹⁹ Reuter/Hahn, VuR 2012, 247 (255) gehen – ohne Begründung – von einer vollständigen Abdingbarkeit des § 630f Abs. 3 BGB aus. Dies erscheint in Anbetracht der Schutzbedürftigkeit des Patienten zweifelhaft.

¹⁰²⁰ BGH, NJW 2007, 674 (675); NJW 2009, 1486 (1487); Palandt/Grüneberg, BGB, § 309 Rn. 45.

Des Weiteren stellt die Begrenzungsklausel auch keine unangemessene Benachteiligung des Patienten gemäß § 307 Abs. 1, Abs. 2 BGB dar. Auch wenn man die Aufbewahrungspflicht als wesentliche Vertragspflicht i. S. d. § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB ansieht, schränkt eine zeitliche Begrenzung der Aufbewahrung auf zehn Jahre diese Pflicht nicht in einem Maße ein, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet würde. Auch widerspricht eine formularmäßige Begrenzung der Aufbewahrung auf zehn Jahre nicht den wesentlichen Grundgedanken des § 630f Abs. 3 BGB (vgl. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB). Dies wäre nur dann der Fall, wenn die abbedungene Norm einem wesentlichen Schutzbedürfnis des Vertragspartners diene.¹⁰²¹ Grundsätzlich ist die Aufbewahrungspflicht durchaus Ausdruck eines wesentlichen Schutzbedürfnisses des Patienten. Dies folgt daraus, dass durch die Aufbewahrungspflicht etwa eine ordnungsgemäße Weiterbehandlung und die Beweissicherung zu Gunsten des Patienten sichergestellt werden soll. Dieses Schutzbedürfnis des Patienten nimmt aber mit Zeitablauf ab, weil die Wahrscheinlichkeit, dass der Patient auf die Akte zurückgreifen muss, geringer wird. Nach über zehn Jahren ist das Schutzbedürfnis daher nicht mehr als wesentlich einzuordnen. Dementsprechend stellt die Begrenzungsklausel auch keine unangemessene Benachteiligung gem. § 307 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB dar.

Wird die Klausel zudem noch so deutlich im Vertragstext hervorgehoben, dass sie nicht als überraschend i. S. d. § 305c Abs. 1 BGB einzustufen ist, so ist gegen eine formularmäßige Abbedingung der Aufbewahrungsdauer auf zehn Jahre nichts einzuwenden.

VIII. Einsichtnahme in die Behandlungsdokumentation, § 630g BGB

§ 630g BGB widmet sich dem Einsichtnahmerecht des Patienten in die Behandlungsdokumentation. Diese Vorschrift steht in engem Zusammenhang mit der ärztlichen Dokumentationspflicht und dient der Wahrung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten.¹⁰²² In Absatz 1 werden der Umfang und die Grenzen des Einsichtnahmerechts festgelegt. Absatz 2 enthält Bestimmungen zu den Modalitäten der Einsichtnahme und Absatz 3 regelt das Einsichtsrecht der Erben und nächsten Angehörigen nach dem Tode des Patienten.

¹⁰²¹ Siehe Palandt/*Grüneberg*, BGB, § 307 Rn. 30. Die Rechtsprechung orientiert sich bei der Frage, ob etwas einen wesentlichen Grundgedanken einer Norm darstellt, daran, ob es sich dabei um ein Zweckmäßigkeit- oder um ein Gerechtigkeitsgebot handelt (BGHZ 41, 151 [154]; 54, 106 [109 f.]; 115, 38 [42]). Im praktischen Ergebnis unterscheiden sich beide Herangehensweisen aber nicht (Palandt/*Grüneberg*, BGB, § 307 Rn. 30).

¹⁰²² BVerfG, NJW 2006, 1116 (1117); NJW 1999, 1777 (1777).

1. Umfang des Einsichtnahmerechts

Nach § 630g Abs. 1 Satz 1 BGB ist der Arzt verpflichtet, dem Patienten auf Verlangen Einsichtnahme in die vollständige Behandlungsdokumentation zu gewähren. Dieser Anspruch ist nicht neu und folgte bisher aus § 810 BGB.¹⁰²³ Wie der Wortlaut („vollständige“)¹⁰²⁴ schon andeutet und die Gesetzesbegründung klarstellt, sind grundsätzlich auch Aufzeichnungen über persönliche Eindrücke und subjektive Wahrnehmungen offen zu legen.¹⁰²⁵ Dies muss als Neuerung angesehen werden, da der Bundesgerichtshof und darauf beruhend auch § 10 Abs. 2 Satz 2 MBO-Ä subjektive Wahrnehmungen und persönliche Einschätzungen von der Pflicht zur Offenlegung ausgenommen hatte.¹⁰²⁶ Dass dennoch ein – allerdings sehr begrenzter – Spielraum für eine Nichtoffenbarung von subjektiven Wahrnehmungen und persönlichen Eindrücken bleibt,¹⁰²⁷ wird bei genauerer Lektüre der Gesetzesbegründung deutlich. Dort heißt es: „Ein begründetes Interesse des Behandelnden an der Nichtoffenbarung solcher Aufzeichnungen ist, in Abwägung zu dem Persönlichkeitsrecht des Patienten, im Regelfall nicht gegeben. Auch hier kommt es aber auf die Umstände im Einzelfall an.“ Die Zurückhaltung von subjektiven Wahrnehmungen und persönlichen Eindrücken wird durch diese Formulierung nicht gänzlich ausgeschlossen. Dies würde sonst auch dazu führen, dass der Arzt, insbesondere in der ersten Phase des Behandlungsgesprächs, seine Eindrücke nicht festhalten würde, was nicht im Sinne einer gewissenhaften Behandlung und damit auch nicht im Interesse des Patienten wäre.¹⁰²⁸ Daher sollten allererste Verdachtsdiagnosen und höchstsubjektive Wahrnehmungen auch weiterhin von der Offenlegungspflicht ausgenommen sein.¹⁰²⁹

Seine Grenzen findet das Einsichtnahmerecht dort, wo erhebliche therapeutische Gründe oder sonstige erhebliche Rechte Dritter der Offenlegung entgegenstehen. Erhebliche therapeutische Gründe, die eine Einsichtnahme ausschließen, dürfen nur mit großer Zurückhaltung angenommen werden.¹⁰³⁰ Soweit Zweifel bestehen, ob der gesundheitliche Zustand des Patienten eine Einsichtnahme in die Dokumentation zulässt, muss eine gewissenhafte Abwägung der für und gegen eine Einsichtnahme sprechenden Umstände erfolgen.¹⁰³¹ Dabei kommt laut Ge-

¹⁰²³ Ausführlich dazu etwa *Bartlakowski*, Die ärztliche Behandlungsdokumentation, S. 147 ff.

¹⁰²⁴ Dass ärztlicherseits vollständige Offenlegung zu gewähren ist, wurde im Wortlaut erst im Zuge der Beratungen im Gesundheitsausschuss verankert, vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Gesundheit zum Patientenrechtegesetz v. 28.11.2012, BT-Drs. 17/11710, S. 29.

¹⁰²⁵ BT-Drs. 17/10488, S. 27.

¹⁰²⁶ BGH, NJW 1983, 328 (329 f.).

¹⁰²⁷ A. A. *Spickhoff*, VersR 2013, 267 (277).

¹⁰²⁸ So *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 920.

¹⁰²⁹ Siehe dazu auch *U. Walter*, Das neue Patientenrechtegesetz, Rn. 238; *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 920.

¹⁰³⁰ Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Gesundheit zum Patientenrechtegesetz v. 28.11.2012, BT-Drs. 17/11710, S. 29; vgl. auch *Olßen/Uzunovic*, JR 2012, 447 (450).

¹⁰³¹ BT-Drs. 17/10488, S. 27.

setzesbegründung gegebenenfalls auch eine begleitende Einsichtnahme durch den behandelnden Arzt oder eine dritte Person in Betracht.¹⁰³² Wie der Arzt rein zeitlich eine solche begleitende Einsichtnahme leisten soll, lässt der Gesetzgeber wohl bewusst unbeantwortet, ist an dieser Stelle doch eine Überforderung der Ärzteseite offensichtlich. Rechte Dritter können einer Einsichtnahme etwa entgegenstehen, wenn in die Behandlungsdokumentation sensible Daten von nahen Angehörigen eingeflossen sind, was gerade in psychiatrischen Fällen regelmäßig vorkommt. Auch hier ist eine Abwägung der betroffenen Interessen erforderlich.¹⁰³³

2. Begründungspflicht bei Ablehnung der Einsichtnahme (Abs. 1 Satz 2)

Neu ist die Pflicht des Arztes die Versagung der Offenlegung der Behandlungsdokumentation zu begründen. Dies ist aus Sicht des Gesetzgebers unverzichtbar, um eine patientenseitige Akzeptanz der ablehnenden Entscheidung über die Einsichtnahme zu gewährleisten. Auch werde der Patient nur auf diese Weise in die Lage versetzt, den Grund der Entscheidung nachvollziehen und die Akteneinsicht gegebenenfalls gerichtlich einklagen zu können.¹⁰³⁴ Auch wenn diese Argumente für eine Begründungspflicht gut nachvollziehbar sind, ist zumindest die Begründungstiefe problematisch. Müsste zu umfangreich begründet werden, so würden wenigstens mittelbar auch die Umstände offengelegt, die gerade zu der Begrenzung des Einsichtnahmerechts geführt haben. Daher kann nur eine relativ abstrakt gehaltene Begründung gefordert werden. Folglich sollte es genügen, wenn der Arzt in nachvollziehbarer Weise die Kategorie „höchstsubjektive Wertungen“, „therapeutische Gründe“ oder „Rechte Dritter“ darlegt, aufgrund derer nach seiner Ansicht die Einsichtnahme zu versagen ist. Eine deutlich darüber hinausgehende Begründung kann hingegen nicht verlangt werden. Andererseits kann es nicht genügen, wenn sich ein Arzt bei der Versagung der Einsichtnahme lediglich auf den Gesetzestext beruft.¹⁰³⁵ Wird ein Gericht mit der Frage der Einsichtnahme befasst, sollte es lediglich prüfen, ob der Arzt seinen Beurteilungsspielraum hinsichtlich des Vorliegens eines Ausschlussgrundes überschritten hat.¹⁰³⁶

Eine andere Lösung, die den Arzt allerdings von seiner nun gesetzlich vorgeschriebenen Begründungspflicht nicht entbinden kann, könnte sein, dass der behandelnde Arzt den Patienten bittet, ihm einen Arzt seines Vertrauens zu nennen, an den er die nicht offengelegten Anteile der Patientenakte (in Kopie) übersenden kann. Dieser „Vertrauensarzt“ könnte sodann überprüfen, ob auch aus seiner Sicht ein Einsichtsverweigerungsgrund vorliegt. Eine die Einsichtsverweigerung bestätigende Einschätzung des „Vertrauensarztes“ dürfte beim Patienten – noch

¹⁰³² BT-Drs. 17/10488, S. 27.

¹⁰³³ BT-Drs. 17/10488, S. 27; vgl. auch *Spickhoff*, VersR 2013, 267 (277).

¹⁰³⁴ Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Gesundheit zum Patientenrechtegesetz v. 28.11.2012, BT-Drs. 17/11710, S. 29.

¹⁰³⁵ *Spickhoff*, VersR 2013, 267 (278).

¹⁰³⁶ Vgl. die Lösung bei *Spickhoff*, VersR 2013, 267 (278).

eher als die jetzige gesetzliche Regelung – die vom Gesetzgeber erstrebte Akzeptanz erreichen.¹⁰³⁷ Bei einer abweichenden Beurteilung müsste man wohl eine gerichtliche Entscheidung herbeiführen.¹⁰³⁸ Da der Ausschluss der Einsichtnahme ohnehin nur in wenigen Fällen überhaupt in Betracht kommt,¹⁰³⁹ würde die Beschäftigung eines weiteren Arztes nicht zu einer übermäßigen Belastung der Ärzteschaft insgesamt führen.

3. Modalitäten der Einsichtnahme (Abs. 1 Satz 3, Abs. 2)

Nach § 630g Abs. 1 Satz 3 BGB ist § 811 BGB auf die Einsichtnahme in die Behandlungsdokumentation entsprechend anzuwenden. Danach erfolgt die Vorlage der Patientenakte an dem Ort, an dem sie sich befindet. Dies wird in aller Regel das Krankenhaus bzw. die Arztpraxis sein, in der der Patient behandelt wurde.¹⁰⁴⁰ Wurde die Patientenakte, was insbesondere bei einer Einsichtnahme mehrere Jahre nach der Behandlung denkbar ist, an einem anderen Ort gelagert, so findet die Einsichtnahme dort statt. Wenn ein wichtiger Grund vorliegt, insbesondere bei einer Erkrankung des Patienten,¹⁰⁴¹ kann dieser die Vorlage auch an einem anderen Ort verlangen, vgl. § 811 Abs. 1 Satz 2 BGB. Ein wichtiger Grund, der eine Einsichtnahme an einem anderen als dem Belegenheitsort begründen kann, soll laut der Gesetzesbegründung auch ein Umzug der Arztpraxis sein.¹⁰⁴² Die Unterscheidung zwischen Auslagerung der Patientenakte einerseits und Praxisumzug andererseits ist hinnehmbar. Während eine Auslagerung einer Patientenakte einige Jahre nach der Behandlung üblich ist und der Patient daher nicht mehr erwarten kann, die Patientenakte am Praxisstandort einsehen zu können, fällt ein Praxisumzug allein in die Sphäre des Behandelnden. Daher kann dem Arzt zugemutet werden, die Patientenakte auf Verlangen des Patienten an einem anderen Ort vorzulegen.

In der Praxis von deutlich größerer Bedeutung sind Abschriften aus der Patientenakte, wie sie der Patient nach § 630g Abs. 2 Satz 1 BGB verlangen kann. Dieser Anspruch ist ebenso wenig neu, wie die Tatsache, dass der Patient die dem

¹⁰³⁷ Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Gesundheit zum Patientenrechtegesetz v. 28.11.2012, BT-Drs. 17/11710, S. 29.

¹⁰³⁸ Auch bei einer Beurteilung durch den „Vertrauensarzt“, die der Erstentscheidung zustimmt, bliebe es dem Patienten selbstverständlich unbenommen, seinen Anspruch auf Einsichtnahme klageweise geltend zu machen.

¹⁰³⁹ Die Tatsache, dass die Annahme eines Ausschlussgrundes einem Arztkollegen vorgelegt wird, könnte auch dazu führen, dass Ärzte, wie es wünschenswert ist, nur mit großer Zurückhaltung solche Ausschlussgründe annehmen.

¹⁰⁴⁰ Genau genommen ist Vorlageort i. S. d. § 811 Abs. 1 S. 1 BGB die politische Gemeinde, in der sich die Urkunde befindet. Der Vorlagepflichtige darf, allerdings ohne die Einsichtnahme dadurch zu verhindern, den Ort der Vorlage, etwa den Geschäfts- bzw. Wohnsitz, selbst wählen (Bamberger/Roth/*Gehrlein*, BGB, § 811 Rn. 1; MünchKomm/*Habersack*, BGB, § 811 Rn. 2).

¹⁰⁴¹ Vgl. bereits für die bisherige Rechtslage Bamberger/Roth/*Gehrlein*, BGB, § 811 Rn. 1.

¹⁰⁴² BT-Drs. 17/10488, S. 27.

Behandelnden dadurch entstehenden Kosten zu erstatten hat (Abs. 2 Satz 2). Letzteres ergab sich nach bisheriger Rechtslage bereits aus § 811 Abs. 2 BGB. Der Verweis des § 630g Abs. 1 Satz 3 auf § 811 BGB und die Bestimmung in § 630g Abs. 2 Satz 2 BGB enthalten daher eine Dopplung. Aus Klarstellungsgründen wollte der Gesetzgeber dennoch nicht auf diese explizite Regelung im Rahmen des Behandlungsvertragsrechts verzichten.¹⁰⁴³ Wie sich aus dem Begriff „Erstattung“ ergibt, kann der Behandelnde nur die bei ihm tatsächlich angefallenen Kosten (etwa Kosten einer Kopie oder eines beschriebenen CD-Rohlings) ersetzt verlangen¹⁰⁴⁴. Für den Arbeitsaufwand, den die Anfertigung der Kopie verursacht hat, steht ihm hingegen kein Ausgleich zu.¹⁰⁴⁵ Das Verlangen einer „Verwaltungspauschale“ vor der Aushändigung der Kopien ist daher unzulässig.

Im Rahmen der Beratungen im Rechts- und Gesundheitsausschuss wurde ausdrücklich in den Wortlaut aufgenommen, dass der Patient die Abschriften auch in elektronischer Form verlangen kann.¹⁰⁴⁶ Röntgen- und MRT-Aufnahmen werden bereits jetzt in der Regel als Datei auf einer CD ausgehändigt. Wurde von der Behandlung eine Videoaufnahme gemacht, so kann der Patient auch hiervon eine Kopie verlangen.¹⁰⁴⁷

4. Einsichtsrechte der Erben und der nächsten Angehörigen (Abs. 3)

Nach § 630g Abs. 3 BGB steht den Erben und nächsten Angehörigen ein originäres und nicht nur ein vom verstorbenen Patienten abgeleitetes¹⁰⁴⁸ Einsichtsrecht zu. Erben wird dieses Recht zur Wahrung ihrer vermögensrechtlichen Interessen gewährt. Vermögensrechtliche Interessen können beispielsweise bestehen, wenn Schadensersatzansprüche gegen den Arzt in Frage kommen oder wenn Versicherungsleistungen geltend gemacht werden sollen.¹⁰⁴⁹ Da auch die Feststellung der Testierfähigkeit als derartiges vermögensrechtliches Interesse eingestuft wird,¹⁰⁵⁰ kann der Begriff des Erben nicht technisch zu verstehen sein. Denn die Testierfähigkeit wird gerade von Personen angezweifelt werden, die durch ein vermeintlich wirksames Testament von der Erbfolge ausgeschlossen wurden. Da der verstorbene Patient zu solchen Personen häufig gerade kein vertrauensvolles

¹⁰⁴³ Vgl. BT-Drs. 17/10488, S. 27; näher *Tbole*, MedR 2013, 145 (148).

¹⁰⁴⁴ *Rehborn*, MDR 2013, 565 (567).

¹⁰⁴⁵ In Anbetracht des geringen zeitlichen Aufwandes wäre ein Kostenanspruch ohnehin sehr gering.

¹⁰⁴⁶ Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Gesundheit zum Patientenrechtegesetz v. 28.11.2012, BT-Drs. 17/11710, S. 13, 29.

¹⁰⁴⁷ Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Gesundheit zum Patientenrechtegesetz v. 28.11.2012, BT-Drs. 17/11710, S. 29.

¹⁰⁴⁸ Bereits bisher für ein originäres Einsichtsrecht: *Peter*, Das Recht auf Einsicht in die Krankenunterlagen, S. 298 ff.; *Schlund* in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 56 Rn. 13; für ein lediglich abgeleitetes Einsichtsrecht: *Katzenmeier* in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, Kap. IX Rn. 63.

¹⁰⁴⁹ *Katzenmeier* in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, Kap. IX Rn. 64.

¹⁰⁵⁰ *Rehborn*, MDR 2013, 565 (567); vgl. auch *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 925.

Verhältnis gehabt hat, muss geprüft werden, ob dem Einsichtnahmerecht möglicherweise der ausdrückliche oder mutmaßliche Wille des Verstorbenen nach Satz 3 entgegensteht. Bei dieser Prüfung muss allerdings auch berücksichtigt werden, dass der Erblasser grundsätzlich ein Interesse daran hat, aufkommende Zweifel hinsichtlich seiner Testierfähigkeit nach Möglichkeit auszuräumen.¹⁰⁵¹ Den nächsten Angehörigen, zu denen Ehegatten, Lebenspartner, Kinder, Eltern, Geschwister und Enkel zu zählen sind,¹⁰⁵² steht zudem ein Einsichtnahmerecht zur Geltendmachung immaterieller Interessen zu. Denkbare immaterielle Interessen sind etwa die allgemeine Klärung der Todesumstände oder die Verwirklichung eines Strafanspruchs.¹⁰⁵³

Das Einsichtsrecht der Erben und der nächsten Angehörigen steht, wie schon angedeutet, unter der Bedingung, dass der ausdrückliche oder mutmaßliche Wille des verstorbenen Patienten der Einsichtnahme nicht entgegensteht. Der Grund für diese Einschränkung liegt darin, dass das Allgemeine Persönlichkeitsrecht auch mit dem Tod des Patienten nicht erlischt (postmortales Persönlichkeitsrecht).¹⁰⁵⁴ Daher muss ein (erkennbarer) Geheimhaltungswille des Patienten auch nach dessen Tod beachtet werden. In ähnlicher Weise hat sich das postmortale Persönlichkeitsrecht auch darin niedergeschlagen, dass die Schweigepflicht des Arztes über den Tod des Patienten hinaus fortgilt (§ 203 Abs. 4 StGB). Um die Kollision zwischen dem postmortalen Persönlichkeitsrecht des Patienten einerseits und den berechtigten Interessen der nächsten Angehörigen und der Erben andererseits aufzulösen, hat der Bundesgerichtshof bereits im Jahr 1983 die nun in Abs. 3 Satz 3 gesetzlich niedergelegte Voraussetzung entwickelt.¹⁰⁵⁵ Wie die negative Formulierung („Die Rechte sind ausgeschlossen, wenn...“) zeigt, hat der Arzt den entgegenstehenden Willen des verstorbenen Patienten darzulegen und im Bestreitensfalle zu beweisen.¹⁰⁵⁶ Darlegung und Beweis können allerdings nur in Grundzügen erfolgen, weil andernfalls die vom Patienten gewünschte Geheimhaltung konterkariert würde.¹⁰⁵⁷

5. Einsichtnahmerecht des Rechnungshofes

Aus der Nichtnennung des Rechnungshofes als Einsichtnahmeberechtigtem im Rahmen des § 630g BGB kann nicht auf die Unzulässigkeit einer solchen Einsichtnahme geschlossen werden. Vielmehr ergibt sich der behördliche Anspruch

¹⁰⁵¹ BGHZ 91, 392 (400); *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 925.

¹⁰⁵² BT-Drs. 17/10488, S. 27.

¹⁰⁵³ Vgl. zu diesem Beispiel *Katzenmeier* in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, *Arztrecht*, Kap. IX Rn. 65; siehe auch *Rehborn*, MDR 2013, 565 (567).

¹⁰⁵⁴ BT-Drs. 17/10488, S. 27; vgl. auch *Katzenmeier* in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, *Arztrecht*, Kap. IX Rn. 64.

¹⁰⁵⁵ BGH, NJW 1983, 2627 (2629).

¹⁰⁵⁶ Ebenso zur alten Rechtslage bereits *Schlund* in: Laufs/Kern, *Handbuch des Arztrechts*, § 56 Rn. 12; *Katzenmeier* in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, *Arztrecht*, Kap. IX Rn. 64.

¹⁰⁵⁷ BGH, NJW 1983, 2627 (2628); *Schlund* in: Laufs/Kern, *Handbuch des Arztrechts*, § 56 Rn. 12.

auf Einsicht in Unterlagen aus der Kontrollaufgabe des Rechnungshofes von staatlichen Betrieben (vgl. etwa § 95 Nds. LHO)¹⁰⁵⁸. Die Rechtsprechung hat diesen Anspruch auch auf Patientenakten erstreckt.¹⁰⁵⁹ Entgegen der recht weitgehenden Rechtsprechung, die den patientenseitigen Geheimhaltungsinteressen gegenüber den Kontrollbefugnissen des Rechnungshofes eine relativ geringe Bedeutung beimisst, kann dem Rechnungshof, wie eine Ansicht in der Literatur zu Recht fordert, nur insoweit Einsicht in die Behandlungsdokumentation gewährt werden, wie dies zur Prüfung unbedingt erforderlich ist.¹⁰⁶⁰ Daher kann sich der Einsichtsanspruch grundsätzlich nur auf die Abrechnungsunterlagen und, soweit diese nicht bereits hinreichend aussagekräftig sind, lediglich auf die Dokumentation über Besuche und die vorgenommenen Maßnahmen erstrecken.¹⁰⁶¹

IX. Beweislastverteilung im Arzthaftungsprozess, § 630h BGB

Da die Gewährleistung der prozessualen Waffengleichheit zwischen Arzt und Patient einige Abweichungen von der allgemein im (vertraglichen)¹⁰⁶² Haftungsrecht geltenden Beweislastverteilung erfordert,¹⁰⁶³ wurde mit § 630h BGB eine eigene Vorschrift zu ebendieser Frage geschaffen. § 630h BGB enthält sechs Tatbestände, in denen die Beweislast zu Gunsten des Patienten umgekehrt wird. Dass der Gesetzgeber für fünf dieser Bestimmungen die Formulierung „wird vermutet“ und nur in Absatz 2 die Worte „hat zu beweisen“ wählt, hat keine inhaltliche Bedeutung, da eine gesetzliche Vermutung die gleichen Wirkungen entfaltet wie eine Beweislastregelung.¹⁰⁶⁴ Weitestgehend werden durch § 630h BGB die bereits bekannten von der Rechtsprechung entwickelten Modifikationen der Beweislastverteilung in Gesetzesform gegossen. Inhaltliche Änderungen an diesen Grundsätzen sind kaum zu beobachten.

¹⁰⁵⁸ § 95 Abs. 1 Niedersächsische Landeshaushaltsordnung lautet wie folgt: „Unterlagen, die der Landesrechnungshof zur Erfüllung seiner Aufgaben für erforderlich hält, sind ihm auf Verlangen innerhalb einer bestimmten Frist zu übersenden oder seinen Beauftragten vorzulegen.“

¹⁰⁵⁹ BVerfG, NJW 1997, 1633 (1634); BVerwG, NJW 1989, 2961 (2962).

¹⁰⁶⁰ *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 932; noch weitergehend *Heintzen/Lilie*, NJW 1997, 1601; *diesen folgend Smentkowski*, VersR 2008, 465 (467).

¹⁰⁶¹ Vgl. *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 932.

¹⁰⁶² Zu Bedeutung des § 630h BGB für das Deliktsrecht siehe unten Kap. 3 X.

¹⁰⁶³ Dazu bereits oben Kap. 1 III.

¹⁰⁶⁴ Auch der von § 292 S. 1 ZPO zugelassene Beweis des Gegenteils ist Hauptbeweis und muss zur vollen richterlichen Überzeugung geführt werden, vgl. *Katzenmeier*, NJW 2013, 817 (821); *Münch-Komm/Prütting*, ZPO, § 292 Rn. 23.

1. Beweislastumkehr bei voll beherrschbaren Behandlungsrisiken (Abs. 1)

In § 630h Abs. 1 BGB wird die Beweislastumkehr bei voll beherrschbaren Behandlungsrisiken gesetzlich verankert. Unter diese Beweislastumkehr sollen sämtliche von der Rechtsprechung entwickelten Fallgruppen fallen.¹⁰⁶⁵ In der Gesetzesbegründung werden als solche ausdrücklich der Einsatz medizinisch-technischer Geräte, die Unterschreitung der Hygienestandards und Verstöße gegen die Verrichtungssicherheit aufgeführt. Die Aufzählung des Gesetzgebers ist allerdings nur beispielhaft,¹⁰⁶⁶ sodass weitere als voll beherrschbar anerkannte Gefahrenbereiche, wie die Lagerung des Patienten bei der Operation, ebenfalls erfasst werden. Zudem bleibt der Rechtsprechung an dieser Stelle Spielraum für die Annahme bislang noch nicht benannter voll beherrschbarer Behandlungsrisiken.

a) „Allgemeines“ Behandlungsrisiko

Der im Wortlaut verwendete Begriff des „allgemeinen“ Behandlungsrisikos ist äußerst unglücklich gewählt. Diese Wortwahl erweckt den Eindruck, dass nichtallgemeine Behandlungsrisiken (also etwa „spezielle“ oder „konkrete“ Gefahren)¹⁰⁶⁷ nicht von der Beweislastumkehr erfasst werden. Eine solche Begrenzung der Beweislastumkehr existierte bislang nicht und sollte, wie das Fehlen jeglicher Anmerkung zu diesem Tatbestandsmerkmal in der Gesetzesbegründung zeigt,¹⁰⁶⁸ auch nicht eingeführt werden. Der Gesetzgeber hätte das überflüssige Adjektiv daher am besten, wie etwa von *Deutsch* bereits während des Gesetzgebungsprozesses angemerkt,¹⁰⁶⁹ weggelassen oder eine gänzlich andere Formulierung, wie etwa „eine Gefahr aus dem Risikobereich des Behandelnden“, gewählt.

b) Reichweite der Vermutung und Gegenbeweis

Zum Eingreifen der Vermutung muss der Patient die Vermutungsgrundlage beweisen.¹⁰⁷⁰ Dem Patienten obliegt es daher, Nachweis dafür zu erbringen, dass sich ein Behandlungsrisiko verwirklicht hat, welches ärztlicherseits voll beherrschbar war.¹⁰⁷¹ Gelingt dem Patienten dieser Nachweis, so wird ein Fehler des Arztes und damit eine Pflichtverletzung i. S. d. § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB vermutet. Dass die Beweisregel bei voll beherrschbaren Behandlungsrisiken bislang auch zu einer Vermutung des Verschuldens des Arztes geführt hat, hat für das Vertragsrecht

¹⁰⁶⁵ BT-Drs. 17/10488, S. 28.

¹⁰⁶⁶ So heißt es im Wortlaut der Gesetzesbegründung: „Eine Fallgruppe (...) betrifft etwa (...).“, BT-Drs. 17/10488, S. 28.

¹⁰⁶⁷ *Deutsch*, NJW 2012, 2009 (2011).

¹⁰⁶⁸ BT-Drs. 17/10488, S. 28.

¹⁰⁶⁹ *Deutsch*, NJW 2012, 2009 (2011); siehe auch *Spickhoff*, ZRP 2012, 66 (69).

¹⁰⁷⁰ *Spickhoff*, VersR 2013, 267 (279); ungenau BT-Drs. 17/10488, S. 28.

¹⁰⁷¹ Etwa zur Darlegung und zum Beweis von voll beherrschbaren Hygienedefiziten kürzlich: OLG Köln, MedR 2013, 444 (445).

keine Bedeutung (mehr),¹⁰⁷² da das Vertretenmüssen nach § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB ohnehin vermutet wird. Eine Änderung für das Deliktsrecht ist damit allerdings nicht verbunden. Für dieses wird bei Eingreifen der Beweisregel das Verschulden weiterhin vermutet.¹⁰⁷³ Nicht umfasst von der Beweislastumkehr ist, wie auch bisher,¹⁰⁷⁴ die Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Schaden.¹⁰⁷⁵

Gegen die Vermutung des § 630h Abs. 1 BGB kann der Arzt den Gegenbeweis führen (vgl. § 292 Satz 1 ZPO). Hierzu genügt es allerdings nicht, wie es unglücklicherweise in der Gesetzesbegründung heißt, „die Überzeugung des Richters vom Vorliegen des voll beherrschbaren Behandlungsrisikos zu erschüttern“. Diese Feststellung des Gesetzgebers ist gleich in zweifacher Hinsicht unrichtig.¹⁰⁷⁶ Zum einen ist im Rahmen des Gegenbeweises nicht nur eine „Erschütterung der Überzeugung des Richters“, sondern vielmehr eine volle richterliche Überzeugung vom Gegenteil erforderlich. Zum anderen geht es bei dem Gegenbeweis nicht darum, das Nichtvorliegen der Vermutungsbasis nachzuweisen, denn diesbezüglich trägt der Patient die Darlegungs- und Beweislast, sondern der Arzt muss beweisen, dass er im konkreten Fall keine Pflichtverletzung begangen hat.¹⁰⁷⁷

c) Bedeutung der Vermeidbarkeit und Erkennbarkeit für die Beweisregel

Die Feststellung in der Gesetzesbegründung, dass die Vermeidbarkeit des Behandlungsrisikos für die Beweisregel ohne Bedeutung ist,¹⁰⁷⁸ ist nicht unproblematisch. Der Gesetzgeber, der die Linie der Rechtsprechung nachvollziehen wollte,¹⁰⁷⁹ gibt die Judikatur an dieser Stelle nur unvollständig wieder. Recht hat der Gesetzgeber insoweit, als es für die Zuordnung eines Behandlungsgeschehens zu einem voll beherrschbaren Gefahrenbereich nicht darauf ankommt, ob der Arzt den Mangel (etwa des Geräts oder des Hygieneverhaltens) erkennen oder vermeiden konnte.¹⁰⁸⁰ Entscheidend ist vielmehr, ob objektiv eine Gefahr bestand, deren Quelle festgestellt werden kann und die bei Erkennen sicher hätte ausgeschlossen werden können.¹⁰⁸¹ Die Formulierung in der Gesetzesbegründung verschleiert aber, dass die Vermeidbarkeit und die Erkennbarkeit im Rahmen des Gegenbeweises gegen die Vermutung des § 630h Abs. 1 BGB durchaus von Bedeutung sein kann.

¹⁰⁷² Dazu bereits oben Kap. 3 I. 3.

¹⁰⁷³ Näher dazu unten Kap. 3 X. 1.

¹⁰⁷⁴ *Geiß/Greiner*, Arzthaftpflichtrecht, Kap. B Rn. 239; *Katzenmeier* in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, Kap. XI Rn. 109.

¹⁰⁷⁵ BT-Drs. 17/10488, S. 28.

¹⁰⁷⁶ Ebenso *Spickhoff*, VersR 2013, 267 (279).

¹⁰⁷⁷ *Katzenmeier* in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, Kap. XI Rn. 109.

¹⁰⁷⁸ „Unerheblich ist, inwieweit das Risiko konkret vermeidbar war. Die tatsächliche Vermeidbarkeit ist mithin irrelevant.“, BT-Drs. 17/10488, S. 28.

¹⁰⁷⁹ Dies ergibt sich aus den angegebenen Fundstellen, vgl. BT-Drs. 17/10488, S. 28.

¹⁰⁸⁰ BGH, MedR 2010, 30 (31).

¹⁰⁸¹ BGH, MedR 2010, 30 (31); vgl. auch BGH, NJW 1991, 1541 (1543); *Geiß/Greiner*, Arzthaftpflichtrecht, Kap. B Rn. 239.

Gelingt es dem Arzt zu beweisen, dass der Fehler für ihn nicht erkennbar und vermeidbar war, so ist der Entlastungsbeweis als geführt anzusehen.¹⁰⁸² Dadurch, dass die Vermeidbarkeit und die Erkennbarkeit des Mangels erst auf der Ebene des Gegenbeweises und nicht bereits als Voraussetzung der Annahme eines voll beherrschbaren Behandlungsrisikos relevant werden, wird die schwierige Beweisführung hinsichtlich dieser Kriterien richtigerweise dem Arzt auferlegt, der insoweit am Behandlungsgeschehen „näher dran“ ist. Dass der Gegenbeweis der Nichterkennbarkeit und Unvermeidbarkeit des Mangels häufig schwierig ist, zeigt eine jüngere Entscheidung des Bundesgerichtshofs.¹⁰⁸³ Im zu entscheidenden Fall hatte sich bei der Klägerin ein Spritzenabszess entwickelt, der auf einer Infektion mit dem Bakterium *staphylokokkus aureus* beruhte. Als Quelle der Infektion konnte eine Arzthelferin festgestellt werden. Für die in Anspruch genommenen Praxisinhaber war die Infektion der Arzthelferin allerdings nicht erkennbar. Dennoch scheiterte der Entlastungsbeweis daran, dass die Einhaltung der Hygienestandards in der Arztpraxis nicht nachgewiesen werden konnte,¹⁰⁸⁴ sodass die Infektion nicht nachweislich als unvermeidbar anzusehen war.

2. Beweislastverteilung hinsichtlich der Einwilligung und Aufklärung (Abs. 2)

Abweichend von der grundsätzlich im Rahmen des § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB geltenden Beweislastverteilung obliegt es nach § 630h Abs. 2 Satz 1 BGB nicht dem Patienten die Verletzung der Pflicht zur Einholung der Einwilligung und zur Selbstbestimmungsaufklärung zu beweisen. Es ist vielmehr Aufgabe des Arztes nachzuweisen, dass er diesen Verpflichtungen nachgekommen ist. Diese Beweislastverteilung, die aus der deliktsrechtlichen Haftung übernommen wurde und aus den bereits bei § 630d BGB benannten Gründen richtig und zwingend ist,¹⁰⁸⁵ war schon bisher anerkannt. Zur Sicherstellung dieser Beweislastverteilung im Vertragsrecht bedarf es dank dieser Vorschrift nun nicht mehr einer ungeschriebenen Beweislastsonderregel oder eines Rückgriffs auf ein auch bei der Haftung nach § 280 Abs. 1 BGB existierendes Rechtswidrigkeitsmerkmal.¹⁰⁸⁶ Zudem wird durch § 630h Abs. 2 BGB der beweisrechtliche Gleichlauf zwischen vertraglicher und deliktischer Haftung gewährleistet. Für das Deliktsrecht entfaltet die Norm allerdings keine Bedeutung, da dort die Einwilligung weiterhin als Rechtfertigungsgrund im Rahmen der Rechtswidrigkeit zu prüfen ist und der Arzt daher ohnehin beweisbelastet ist.

¹⁰⁸² Vgl. *H.Prüitting*, MedR 2010, 31 (32).

¹⁰⁸³ BGH, MedR 2010, 30.

¹⁰⁸⁴ Dieser Nachweis wird häufig schwer zu führen sein. Im konkreten Fall waren die Hygienemängel in der betroffenen Arztpraxis allerdings so gravierend, dass sich das Gesundheitsamt eingeschaltet und Verbesserungen gefordert hatte, sodass ein solcher Nachweis jedenfalls ausschied.

¹⁰⁸⁵ Siehe dazu oben Kap. 3 V. 1. a).

¹⁰⁸⁶ *Spickhoff*, VersR 2013, 267 (279).

a) Umfang der Beweisregel (Abs. 2 Satz 1)

Wie der Verweis des Absatzes 2 Satz 1 auf § 630e BGB deutlich macht, bezieht sich die Beweislastumkehr nur auf die Selbstbestimmungsaufklärung, nicht aber auf die Informationspflichten des § 630c BGB. Eine Informationspflichtverletzung muss der Patient – den allgemeinen Grundsätzen der Beweislastverteilung des § 280 Abs. 1 BGB folgend – im Haftungsprozess nachweisen. Aus dieser unterschiedlichen Verteilung der Beweislast folgt die dringende Notwendigkeit der eindeutigen Abgrenzung zwischen den Informationspflichten i. S. d. § 630c BGB und der Pflicht zur Selbstbestimmungsaufklärung nach § 630e BGB. Daher sei an dieser Stelle nochmals darauf hingewiesen, wie unglücklich es ist, dass § 630c Abs. 2 Satz 1 BGB, der die therapeutische Aufklärung regelt, vom Wortlaut her Teile der Selbstbestimmungsaufklärung erfasst.¹⁰⁸⁷ Im Zusammenhang mit der Beweislastverteilung bei der Einwilligung und Aufklärung stellt sich zudem die Frage, wer hinsichtlich eines möglichen Widerrufs der Einwilligung oder einer denkbaren Einwilligungsunfähigkeit des Patienten beweisbelastet ist.

aa) Widerruf der Einwilligung

Man könnte sich auf den Standpunkt stellen, dass der Arzt im Rahmen der Beweissonderregel des § 630h Abs. 2 BGB nicht nur die Beweislast dafür trägt, dass er eine Einwilligung eingeholt hat, sondern auch dafür, dass diese bis zum Eingriff fortbestand. Dann wäre der Arzt dafür beweisbelastet, dass vom Patienten kein Widerruf erklärt wurde. Dies ließe sich darauf stützen, dass § 630h Abs. 2 Satz 1 BGB auf den gesamten § 630d BGB und damit auch auf dessen Abs. 3 verweist. Entgegen dieses Arguments wird man im Ergebnis aber wohl davon ausgehen können, dass der Patient hinsichtlich des Vorliegens eines Widerrufs beweisbelastet ist. Zum einen regelt § 630h Abs. 2 Satz 1 BGB ausdrücklich nur die „Einhholung“ nicht den „Fortbestand“ der Einwilligung. Zum anderen ist § 630d Abs. 3 BGB anders als Absatz 1 nicht als Pflicht formuliert. Mit der Normierung des Widerrufs wollte der Gesetzgeber lediglich auf diese Handlungsmöglichkeit des Patienten hinweisen. Eine Regelung der Beweislast hat dem Gesetzgeber dabei sicher nicht vorgeschwebt,¹⁰⁸⁸ was sich auch daraus ergibt, dass § 630d Abs. 3 BGB im Gesetzgebungsprozess erst nachträglich eingeführt wurde.¹⁰⁸⁹ Eine Beweisbelastung des Arztes bezüglich des Nichtvorliegens eines Widerrufs wäre wohl auch unbillig. Denn dieser Nachweis ist für den Behandelnden kaum zu führen,¹⁰⁹⁰ weil der Widerruf nicht schriftlich erfolgen muss. Daher liegt die Be-

¹⁰⁸⁷ Dazu bereits oben Kap. 3 IV. 2. a).

¹⁰⁸⁸ Die Gesetzesbegründung enthält zu dieser Frage keine Aussage.

¹⁰⁸⁹ Mit der Einführung des § 630d Abs. 3 BGB wollte der Gesetzgeber der Kritik begegnen, er habe die Regelung des Widerrufs der Einwilligung vergessen. Ziel dieser Einfügung war es nicht, beweisrechtliche Fragestellungen zu klären.

¹⁰⁹⁰ BGH, NJW 1980, 1903 (1904) spricht von der Gefahr einer „unzumutbaren Beweisnot“ auf der Behandlungsseite.

weislast hinsichtlich der Erklärung eines Widerrufs der bisherigen Rechtsprechung und Literatur (zum Deliktsrecht) folgend¹⁰⁹¹ beim Patienten.

bb) Einwilligungsfähigkeit

Eine ähnliche Frage hinsichtlich der Verteilung der Beweislast stellt sich, wenn die Parteien darüber streiten, ob der Patient zum Zeitpunkt der Einwilligung und Aufklärung einwilligungsfähig war oder nicht. Der weitgefaste Verweis des § 630h Abs. 2 Satz 1 BGB auf den gesamten § 630d BGB könnte dahingehend zu verstehen sein, dass der Arzt im Streitfalle hinsichtlich der Einwilligungsfähigkeit des Patienten beweibelastet ist. Dies würde bedeuten, dass ein Arzt, der die Einwilligung vom Patienten eingeholt hat, dessen Einwilligungsfähigkeit nachweisen müsste. Andersherum müsste ein Behandelnder, der die Einwilligung von einem Dritten als Einwilligungsberechtigten eingeholt hat, beweisen, dass der Patient einwilligungsunfähig war. In der Gesetzesbegründung heißt es zu dieser Frage: „Wer sich auf die Einwilligungsunfähigkeit beruft, muss sie beweisen.“¹⁰⁹² Diese Feststellung bedarf einer näheren Präzisierung. Zunächst ist es im Rahmen der Einwilligung und Aufklärung Aufgabe des Arztes, festzustellen, ob der Patient einwilligungsfähig ist.¹⁰⁹³ Beruft sich der Patient im Prozess sodann darauf, entgegen der Einschätzung des Arztes doch einwilligungsunfähig gewesen zu sein, so muss der Patient die eigene Einwilligungsunfähigkeit beweisen. Insoweit ist die zitierte Formulierung in der Gesetzesbegründung eindeutig. Nichts anderes kann gelten, wenn sich der Patient darauf beruft, anders als vom Arzt angenommen doch einwilligungsfähig gewesen zu sein, weshalb nicht die Einwilligung eines Einwilligungsberechtigten, sondern seine eigene erforderlich gewesen sei. Auch bezüglich dieses Einwandes muss der Patient beweibelastet sein. Kurz zusammengefasst bedeutet dies, dass ein Patient, der die Richtigkeit des Ergebnisses der ärztlichen Überprüfung der Einwilligungsfähigkeit im Prozess anzweifelt, nachweisen muss, dass der Arzt mit seiner Annahme falsch lag.

b) Berufung auf die hypothetische Einwilligung (Abs. 2 Satz 2)

Absatz 2 Satz 2 hat im Rahmen des Gesetzgebungsprozesses vom Wortlaut her eine deutliche Wandlung erlebt. Im Referentenentwurf lautete die Formulierung noch wie folgt: „Genügt die Aufklärung nicht den Anforderungen des § 630e und hätte sich der Patient bei ordnungsgemäßer Aufklärung in einem ernsthaften Entscheidungskonflikt über die Vornahme des Eingriffs befunden, wird vermutet, dass der Patient in den Eingriff nicht eingewilligt hätte.“¹⁰⁹⁴ Dieser Wortlaut, mit dem die bislang geltende Rechtsprechung übernommen werden sollte, war völlig

¹⁰⁹¹ BGH, NJW 1980, 1903 (1904); *Laufs* in: Laufs/Kern, Handbuch des Arzthaftungsrecht, § 63 Rn. 4.

¹⁰⁹² BT-Drs. 17/10488, S. 23.

¹⁰⁹³ BT-Drs. 17/10488, S. 23.

¹⁰⁹⁴ Referentenentwurf zum Patientenrechtegesetz, S. 8.

verunglückt.¹⁰⁹⁵ Zum einen wurde nicht deutlich, dass die Darlegung eines ernsthaften Entscheidungskonflikts erst dann relevant wird, wenn sich der Arzt auf eine hypothetische Einwilligung berufen hat. Zum anderen hätte der Patient nach der gewählten Formulierung den ernsthaften Entscheidungskonflikt beweisen und nicht nur, wie nach bisheriger Rechtslage, plausible Gründe für einen solchen darlegen müssen.

Aufgrund dieser Kritikpunkte hat der Gesetzgeber davon Abstand genommen im Gesetzestext auf den ernsthaften Entscheidungskonflikt einzugehen und regelt in Absatz 2 Satz 2 nunmehr nur, dass sich der Arzt auf eine hypothetische Einwilligung und damit auf ein rechtmäßiges Alternativverhalten berufen kann.¹⁰⁹⁶ Trotz der Nichtnennung des ernsthaften Entscheidungskonflikts im Gesetzestext soll, wie die Gesetzesbegründung ausdrücklich klarstellt,¹⁰⁹⁷ die bisherige Rechtsprechung zu dieser Frage weiterhin Geltung behalten. In der Gesetzesbegründung zeichnet der Gesetzgeber dementsprechend den Themenkomplex der hypothetischen Einwilligung und des ernsthaften Entscheidungskonflikts ausführlich nach. So wird etwa auch festgehalten, dass es beim ernsthaften Entscheidungskonflikt, wie auch bisher,¹⁰⁹⁸ nicht auf die Sichtweise eines verständigen, durchschnittlichen Patienten, sondern auf die Motivation des konkreten Patienten ankommt. Ob im konkreten Fall ein echter Entscheidungskonflikt vorliegt, bleibt Frage des Einzelfalls.¹⁰⁹⁹ Die Beantwortung dieser Frage wird die Gerichte auch weiterhin in Aufklärungsfehlerprozessen vielfach beschäftigen.¹¹⁰⁰

3. Beweislastumkehr bei Dokumentationsmängeln (Abs. 3)

Die Beweisregel des § 630h Abs. 3 BGB befasst sich mit der Beweislastverteilung bei Dokumentationsfehlern. Danach wird vermutet, dass der Behandelnde eine medizinische Maßnahmen nicht getroffen hat, wenn er diese oder deren Ergebnisse entgegen § 630f Abs. 1 oder Abs. 2 BGB nicht aufgezeichnet oder entgegen § 630f Abs. 3 BGB nicht aufbewahrt hat. Die Vermutungswirkung erstreckt sich nur auf die Nichtvornahme der nicht gemäß § 630f BGB dokumentierten Maßnahme. Eine Vermutung zwischen der nichtdokumentierten Maßnahme und dem eingetretenen Schaden kommt nur dann in Betracht, wenn die mangelhafte Do-

¹⁰⁹⁵ Siehe dazu *Olzen/Metzmacher*, JR 2012, 271 (276); vgl. auch *Hassner*, VersR 2013, 23 (34).

¹⁰⁹⁶ Näher dazu und zur Schwierigkeit des Nachweises der hypothetischen Einwilligung *Deutsch*, VersR 2013, 691 (691).

¹⁰⁹⁷ „Auch hier [bei Abs. 2 Satz 2] soll die dazu bestehende Rechtsprechung gesetzlich umgesetzt werden.“, BT-Drs. 17/10488, S. 29.

¹⁰⁹⁸ BGH, NJW 1984, 1397 (1399); NJW 1991, 2344 (2345); NJW 2005, 1718 (1719) m. w. N.; *Katzenmeier* in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, *Arztrecht*, Kap. V Rn. 59.

¹⁰⁹⁹ Vgl. zu relevanten Indizien für und gegen die Annahme eines echten Entscheidungskonflikts *Katzenmeier* in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, *Arztrecht*, Kap. V Rn. 59.

¹¹⁰⁰ Zur bisherigen Bedeutung dieser Frage in Aufklärungsfehlerprozessen *Deutsch/Spickhoff*, *Medizinrecht*, Rn. 520.

kumentation einen groben Behandlungsfehler indiziert, der nach § 630h Abs. 5 BGB zur Beweislastumkehr führt.¹¹⁰¹

a) Umfang der Beweisregel

Bei der Lektüre des Gesetzestextes fällt auf, dass der Gesetzgeber nur von „nicht aufgezeichnet“ bzw. „nicht aufbewahrt“ spricht. Als Dokumentationsfehler kommt aber nicht nur das gänzliche Unterlassen der Aufzeichnung bzw. der Aufbewahrung in Betracht. Es sind auch andere Dokumentationsfehler, etwa in Form einer verspäteten (§ 630f Abs. 1 Satz 1 BGB) oder einer mangelhaft berichtigten Dokumentation (§ 630f Abs. 1 Satz 2 BGB), denkbar. Da in letzteren Fällen durchaus eine Aufzeichnung in der Behandlungsakte existiert, kann man bezüglich dieser Dokumentationsfehler eigentlich nicht von „nicht in der Patientenakte aufgezeichnet“ sprechen. Es stellt sich daher die Frage, ob die Vermutung des § 630h Abs. 3 BGB nur bei gänzlicher Nichtdokumentation oder bei jeder Art nicht ordnungsgemäßer Dokumentation und damit bei jedem Dokumentationspflichtverstoß i. S. d. § 630f BGB gilt.

aa) Argumente für eine Begrenzung der Beweislastumkehr auf die Fälle der Nichtdokumentation

Dafür, dass § 630h Abs. 3 BGB sich nur auf die Fälle der Nichtdokumentation bezieht, spricht neben dem bereits angeführten Wortlautargument („nicht aufgezeichnet“) auch ein Vergleich zur bisherigen Rechtsprechung zu den Rechtsfolgen bei Dokumentationsfehlern. Diese hatte nur für die Fälle der Nichtdokumentation eine strikte Beweislastumkehr vorgesehen.¹¹⁰² Bei sonstigen Dokumentationsfehlern galt hingegen der weniger strenge Grundsatz, dass Dokumentationsfehler eine Beweiserleichterung bis hin zur Beweislastumkehr nach sich ziehen.¹¹⁰³ Der Gesetzgeber wollte laut Gesetzesbegründung mit § 630h Abs. 3 BGB an die bisherige Rechtsprechung anknüpfen,¹¹⁰⁴ was als Indiz dafür zu werten sein könnte, dass nur die Fälle der Nichtdokumentation von der strikten Beweislastumkehr erfasst werden sollten. Hierauf deutet darüber hinaus auch die Tatsache hin, dass sich der

¹¹⁰¹ Palandt/*Weidenkaff*, BGB, § 630h Rn. 6 m.w.N.

¹¹⁰² BGH, NJW 1995, 1611 (1612); NJW 1988, 2949 (2949); dem folgend die Literatur: *Geiß/Grüner*, Arzthaftpflichtrecht, Kap. B Rn. 247; *Muschner*, VersR 2006, 621 (622); *Gehrlein*, Grundriss der Arzthaftpflicht, Kap. B Rn. 126; *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 476.

¹¹⁰³ *Bartlakowski*, Die ärztliche Behandlungsdokumentation, S. 114: „(...) Die Rechtsprechung [gibt] deutlich zu erkennen, dass Dokumentationspflichtverletzungen eher Beweiserleichterungen zugunsten des Patienten zur Konsequenz haben als Beweislastumkehrungen, die nach der bisherigen Rechtsprechung nur bei völligem Fehlen der Dokumentation (...) in Betracht kamen und kommen“; vgl. zur Beweiserleichterung bei Dokumentationsfehlern allgemein BGH, NJW 1987, 1482 (1483); NJW 1989, 2330 (2331).

¹¹⁰⁴ BT-Drs. 17/10488, S. 29.

Wortlaut des § 630h Abs. 3 BGB eng an der Formulierung der Rechtsprechung zur Beweislastumkehr bei der Nichtdokumentation orientiert.¹¹⁰⁵

bb) Argumente für eine allgemeine Beweislastumkehr

Für eine allgemeine Geltung der Beweislastumkehr bei sämtlichen Dokumentationsfehlern spricht aber, dass der Wortlaut des § 630h Abs. 3 BGB nicht nur auf § 630f Abs. 2 BGB, sondern auch auf § 630f Abs. 1 BGB verweist. Hätte der Gesetzgeber nur die Fälle der Nichtdokumentation erfassen wollen, so hätte ein Verweis auf § 630f Abs. 2 BGB, der die dokumentationspflichtigen Umstände benennt, genügt. Der ausdrückliche Hinweis auf Absatz 1 deutet im Gegenteil darauf hin, dass auch Verstöße gegen sonstige Dokumentationspflichten, die gerade in ebendiesem Absatz beschrieben werden, die Rechtsfolge des § 630h Abs. 3 BGB nach sich ziehen.

Weiterhin gibt es in der Gesetzesbegründung keinen Hinweis darauf, dass § 630h Abs. 3 BGB nicht für sämtliche Dokumentationsmängel gelten soll. Ein solcher wäre aber im Falle der Begrenzung der Beweislastumkehr auf die Fälle der Nichtdokumentation vonnöten gewesen. Ganz eindeutig für eine allgemeine Geltung der Beweislastumkehr spricht zuletzt die folgende Passage der Gesetzesbegründung: „Verstößt der Behandelnde gegen die Dokumentationspflicht aus § 630f, führt die Vermutung in [§ 630h] Absatz 3 (...) dazu, dass die dokumentationspflichtigen Maßnahmen als unterblieben und von dem Behandelnden nicht getroffen anzusehen sind“.¹¹⁰⁶ Der Gesetzgeber lässt damit jeglichen Verstoß gegen die Dokumentationspflicht aus § 630f BGB ausreichen, um die Rechtsfolge des § 630h Abs. 3 BGB auszulösen.¹¹⁰⁷

cc) Zwischenergebnis

Insgesamt sprechen daher die besseren Argumente dafür, dass die Vermutung des § 630h Abs. 3 BGB für sämtliche Dokumentationsfehler gilt.¹¹⁰⁸ Da § 630h Abs. 3 BGB als widerlegliche Vermutung (vgl. § 292 ZPO) ausgestaltet ist, steht dem Arzt die Führung des Gegenbeweises offen. Er kann etwa mittels eines Sachverständigengutachtens oder einer Zeugenaussage versuchen nachzuweisen, dass er eine nicht aufgezeichnete Maßnahme doch getroffen bzw. eine nicht ordnungs-

¹¹⁰⁵ Eine typische Formulierung der Rechtsprechung zu dieser Frage lautet etwa: „Ist eine gebotene Behandlungsmaßnahme etwa nicht dokumentiert, so besteht eine Vermutung dafür, dass diese Maßnahme nicht getroffen worden ist.“ OLG Brandenburg, OLGR Brandenburg 2005, 489 (493); vgl. auch BGH, NJW 1995, 1611 (1612); OLG Koblenz, NJOZ 2012, 1086 (1086); OLG München, BeckRS 2011, 03804.

¹¹⁰⁶ BT-Drs. 17/10488, S. 29.

¹¹⁰⁷ Dies wird dadurch noch weiter gestützt, dass der Gesetzgeber an dieser Stelle auf eine Fundstelle aus der Literatur verweist, die auch nach alter Rechtslage im Falle einer „mangelhaften“ Dokumentation stets von einer Beweislastumkehr zu Gunsten des Patienten ausgegangen ist (vgl. *Martis/Winkhart-Martis*, Arzthaftungsrecht – Fallgruppenkommentar, D 395).

¹¹⁰⁸ So auch Palandt/*Weidenkaff*, BGB, § 630h Rn. 6.

gemäß dokumentierte Maßnahme in der niedergeschriebenen Form vorgenommen hat.¹¹⁰⁹ Während die Beweislastumkehr für die Fälle der Nichtdokumentation bzw. Nichtaufbewahrung, wie bereits erläutert, nichts Neues bedeutet, stellt sie für die sonstigen Dokumentationspflichtverstöße mit der eindeutigen Rechtsfolge der Beweislastumkehr eine Neuerung dar. Dies macht eine nähere Betrachtung in Bezug auf die sonstigen Dokumentationspflichtverstöße erforderlich.

b) Folgen der Beweislastumkehr bei sonstigen Dokumentationspflichtverstößen

Verstöße gegen die Dokumentationspflicht des § 630f BGB, die nicht als Nichtdokumentation bzw. Nichtaufbewahrung einzuordnen sind, sind aa) die nicht rechtzeitige Dokumentation, bb) die Änderung der Patientenakte ohne Bestehenlassen des ursprünglichen Inhalts, cc) die Änderung der Patientenakte ohne Kenntlichmachung des Änderungszeitpunkts und dd) die Nichtgewährleistung der technischen Manipulationssicherheit.

aa) Nicht rechtzeitige Behandlungsdokumentation

Hat der Arzt eine wesentliche medizinische Maßnahme und ihr Ergebnis nicht in unmittelbarem zeitlichem Zusammenhang mit der Behandlung dokumentiert (§ 630f Abs. 1 Satz 1 BGB), so wird gemäß § 630h Abs. 3 BGB vermutet, dass er diese Maßnahme nicht vorgenommen hat.¹¹¹⁰ Dies hat zur Folge, dass ein Arzt, der eine Maßnahme und deren Ergebnisse erst nach mehr als zwei Tagen¹¹¹¹ aufzeichnet, etwa weil er die Niederschrift am Behandlungstag vergessen hat, mit der Beweislastumkehr des § 630h Abs. 3 BGB belastet wird. Dies stellt für den Behandelnden eine sehr scharfe Rechtsfolge dar und hat als unerwünschte Nebenfolge, dass ein Arzt, der die Aufzeichnung mehr als zwei Tage unterlassen hat, gänzlich auf eine Niederschrift verzichten könnte, da er die Rechtsfolge des § 630h Abs. 3 BGB ohnehin nicht mehr abwenden kann. Ein solcher gänzlicher Verzicht auf die Aufzeichnung birgt für den Patienten aber nicht zu verachtende Nachteile. Denn auch eine Dokumentation, die mehr als 48 Stunden nach der Behandlung erfolgt, hat für den Patienten in Bezug auf eine etwaige Weiterbehandlung und unter Beweissicherungsgesichtspunkten noch einen ganz erheblichen Wert. Dieser Wert der nachgeholtten Dokumentation muss für den Patienten erhalten werden. Um für den Arzt einen Anreiz zur Nachholung der Dokumentation zu schaffen, sollte dem Behandelnden daher in beweisrechtlicher Hinsicht entgegengekommen werden.

Bei diesem Entgegenkommen darf allerdings nichts daran geändert werden, dass den Arzt im Falle einer verspäteten Dokumentation die Rechtsfolge des § 630h Abs. 3 BGB trifft. Es ist aber denkbar, dem Behandelnden den Gegenbe-

¹¹⁰⁹ Die Führung dieses Gegenbeweises wird dem Arzt sicher nicht leicht fallen.

¹¹¹⁰ So auch U. Walter, Das neue Patientenrechtgesetz, Rn. 271.

¹¹¹¹ Siehe dazu bereits oben Kap. 3 VII. 2.

weis der ordnungsgemäßen Behandlung zu erleichtern. Diese Erleichterung des Gegenbeweises wird man dem Arzt allerdings nur bei einem Nachtrag der Dokumentation im Zeitraum zwischen drei und etwa sieben Tagen zubilligen dürfen. Denn erstens enthält eine spätere Aufzeichnung wegen der abnehmenden Erinnerungsfähigkeit des Behandelnden nur noch eine sehr geringe Gewähr für Richtigkeit und Vollständigkeit¹¹¹² und zweitens steigt mit zunehmendem Zeitablauf die Gefahr, dass der Arzt die Dokumentation „beschönigt“ niederschreibt, um etwaigen, sich bereits abzeichnenden Patientenansprüchen zu entgehen.

In ihrer Reichweite darf die Erleichterung des Gegenbeweises selbstverständlich nicht so weit gehen, dass der Arzt schon durch die schlichte Vorlage seiner verspäteten Dokumentation die Vornahme der in Frage stehenden Maßnahme nachweisen kann. Dies würde nämlich die Beweislastumkehr des § 630h Abs. 3 BGB vollständig ihrer Bedeutung berauben. Eine Erleichterung des Gegenbeweises könnte aber in etwa so aussehen, dass man den Gegenbeweis dann als geführt ansieht, wenn neben einer plausiblen nachträglichen Dokumentation einzelne, weitere Tatsachen vorgetragen werden, die zumindest in gewissem Umfang darauf hindeuten, dass der Arzt die fragliche Maßnahme getroffen hat.

bb) Änderung der Patientenakte ohne Bestehenlassen des ursprünglichen Inhalts

Hat der Arzt die Patientenakte in der Art verändert, dass der ursprüngliche Inhalt nicht mehr erkennbar ist, so wird vermutet, dass die nunmehr dokumentierte Maßnahme nicht vorgenommen wurde.¹¹¹³ Bezieht sich die Veränderung eindeutig nur auf einen Teil der Dokumentation, wurde etwa lediglich ein Wort nicht wiederherstellbar durchgestrichen und durch ein anderes ersetzt, so bezieht sich die Vermutung des § 630h Abs. 3 BGB nur auf die von der Änderung in der Patientenakte betroffene Maßnahme. Bleibt hingegen unklar, wie weit die Veränderung ohne Bestehenlassen des ursprünglichen Inhalts reicht, was gerade bei Abänderungen von elektronischen Patientenakten häufig vorkommen wird, so geht dies zu Lasten des Arztes. Dementsprechend kann es dazu kommen, dass die gesamte Behandlungsdokumentation für den Arzt ihren Beweiswert verliert. Da das Bestehenlassen des ursprünglichen Inhalts klar von § 630f Abs. 1 Satz 2 BGB vorgeschrieben ist und der Verstoß gegen diese Pflicht auf unredliche Absichten des Behandelnden hindeutet, ist die Beweislastumkehr, die gegebenenfalls die Behandlungsdokumentation in Gänze erfasst, rechtspolitisch angemessen.

cc) Nichtkenntlichmachung des Änderungszeitpunkts

Hat der Arzt bei einer Modifizierung der Patientenakte den Änderungszeitpunkt nicht vermerkt, so gilt die ohne Zeitangabe aufgezeichnete Maßnahme als nicht

¹¹¹² Der oben beschriebene Wert einer nachgeholtten Behandlungsdokumentation für den Patienten ist nur noch sehr gering oder gar nicht mehr vorhanden.

¹¹¹³ *Spickhoff*, ZRP 2012, 65 (69).

vorgenommen. Der ursprüngliche Inhalt der Patientenakte dürfte hingegen von der Vermutung des § 630h Abs. 3 BGB nicht erfasst werden und daher durch ein Nichtvermerken des Änderungszeitpunkts nicht in seinem Beweiswert beeinträchtigt werden. Ein möglicherweise schlichtes Vergessen der Angabe des Änderungszeitpunkts hat für den Arzt gegebenenfalls schwere beweisrechtliche Folgen. Um den Arzt für diesen nicht besonders schwerwiegenden Verstoß gegen die Dokumentationspflicht nicht übermäßig zu belasten, sollten an den Gegenbeweis, dass die Maßnahme doch so stattgefunden hat, wie es der undatierte Berichtigungsvermerk angibt, nicht zu hohe Anforderungen gestellt werden. Vergleichbar zur verspäteten, aber innerhalb von sieben Tagen nachgeholt Dokumentation, sollte, wenn die ärztlichen Aussagen zur Abänderung der Patientenakte plausibel erscheinen, schon der Vortrag einzelner Tatsachen genügen, die zumindest in gewissem Umfange darauf hindeuten, dass der Arzt die fragliche Maßnahme getroffen hat.

dd) Nichtgewährleistung der technischen Manipulationssicherheit

Zuletzt löst ein Verstoß gegen die Pflicht zur Gewährleistung der technischen Manipulationssicherheit die Beweislastumkehr des § 630h Abs. 3 BGB aus. Verwendet der Arzt bei der Erstellung der Patientenakte eine nicht manipulationssichere Dokumentationssoftware, verstößt die gesamte Behandlungsdokumentation gegen § 630f Abs. 1 Satz 2 und 3 BGB und wird daher von der Beweislastumkehr des § 630h Abs. 3 BGB erfasst. Einmal mehr ist festzustellen, dass diese Rechtsfolge für den Behandelnden eine erhebliche Belastung darstellt. Die Schwere der Belastung wird zum einen dadurch hervorgerufen bzw. verschärft, dass der Gesetzgeber keine Überleitungsfrist zur Implementierung solcher Softwaresysteme vorgesehen hat, obwohl zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Patientenrechtgesetzes und auch heute noch unklar ist, ob alle Praxen und Krankenhäuser über eine derartige Softwareausstattung verfügen.¹¹¹⁴ Zum anderen hatte das OLG Hamm in einer nun überholten Entscheidung aus dem Jahre 2005 noch festgestellt, dass eine EDV-Dokumentation, die gegen nachträgliche Änderungen nicht gesichert ist, den vollen Beweiswert hat.¹¹¹⁵

Trotz dieser Schärfen gibt es durchaus Gründe, die die übergangsfristlose Verpflichtung zur Verwendung manipulationssicherer Dokumentationssoftware mit der schweren Rechtsfolge des § 630h Abs. 3 BGB zumutbar erscheinen lassen. Die Forderung eine manipulationssichere Dokumentationssoftware zu verwenden, ist für Ärzte nämlich alles andere als neu. Schon vor über 20 Jahren wurde im (juristischen) Schrifttum die Verwendung einer solchen Software verlangt.¹¹¹⁶ Darüber hinaus hat eine Bekanntmachung der Deutschen Ärztekammer und der

¹¹¹⁴ *Spickhoff*, VersR 2013, 267 (277).

¹¹¹⁵ OLG Hamm, VersR 2006, 842 (843) dem schloss sich das OLG Oldenburg an, OLG Oldenburg, Urt. v. 23.07.2008, Az. 5 U 28/08, BeckRS 04175.

¹¹¹⁶ So in Anlehnung an §§ 239 Abs. 3 HGB, 146 Abs. 4 AO *Schmidt-Beck*, NJW 1991, 2335 (2337).

Kassenärztlichen Bundesvereinigung im Deutschen Ärzteblatt aus dem Jahr 2008 ausdrücklich auf diese Softwareanforderungen bei der elektronischen Patientenakte hingewiesen.¹¹¹⁷ Weiterhin heißt es in § 10 Abs. 5 MBO-Ä: „Aufzeichnungen auf elektronischen Datenträgern oder anderen Speichermedien bedürfen besonderer Sicherungs- und Schutzmaßnahmen, um deren Veränderung, Vernichtung oder unrechtmäßige Verwendung zu verhindern. Ärztinnen und Ärzte haben hierbei die Empfehlungen der Ärztekammer zu beachten.“ Aus diesen Gründen konnte die Verpflichtung zur Verwendung einer manipulationssicheren Dokumentationssoftware die Behandelnden auch nicht überraschend treffen. Außerdem genießt ein Arzt, der sich für eine Führung der Behandlungsakten in elektronischer Form entscheidet, auch die logistischen Vorteile dieser Dokumentationsform, wie Platzersparnisse und schnellere Zugriffsmöglichkeiten.

Alles in allem ist die Verpflichtung zur Verwendung einer manipulationssicheren Dokumentationssoftware mit der Rechtsfolge der Beweislastumkehr im Falle des Verstoßes hiergegen sicherlich als hart, wohl aber nicht als für die Ärzte gänzlich unzumutbar einzustufen. Ärzte und Krankenhäuser, die derzeit noch mit einer Dokumentationssoftware arbeiten, die den Anforderungen an die Manipulationssicherheit nicht genügt, müssen daher ihre Praxen und Kliniken schnellstens nachrüsten. Andernfalls kommen erhebliche Beweisbelastungen und damit einhergehende Haftungsrisiken auf sie zu.

4. Beweislastumkehr bei unzureichender Befähigung des Behandelnden (Abs. 4)

Die Beweislastumkehr des Absatzes 4 beschäftigt sich mit dem Tätigwerden von Behandelnden, die für die Vornahme einer konkreten medizinischen Maßnahme nicht geeignet waren. Übernimmt ein Behandelnder¹¹¹⁸ eine medizinische Maßnahme trotz hierzu nicht ausreichender Befähigung und kommt es zu einer Verletzung von Leib, Leben oder Gesundheit des Patienten, so wird vermutet, dass die mangelnde Befähigung ursächlich für die eingetretene Verletzung war. Begründet wird diese auch bislang schon anerkannte Beweisregel vom Bundesgerichtshof vor allem damit, dass der Einsatz von geeignetem ärztlichen Personal für den Klinikträger und die ausbildenden Ärzte „voll beherrschbar ist“.¹¹¹⁹ Daher müssen der Klinikträger und die ausbildenden Ärzte, ähnlich wie bei Vorliegen eines groben Behandlungsfehlers, die Gefahr der Unaufklärbarkeit der Kausalität zwischen der vorwerfbar geschaffenen Risikoerhöhung und der eingetretenen Rechtsgutverletzung tragen.

¹¹¹⁷ B.ÄK/KBV, DÄ 2008, A 1026 (A 1028).

¹¹¹⁸ Mit dem Begriff „Behandelnder“ soll anders bei § 630a Abs. 1 BGB nicht der Vertragspartner des Patienten, etwa der Krankenhausträger, bezeichnet werden, sondern die konkret die medizinische Maßnahme vornehmende Person, so auch *A. Walter*, GesR 2013, 129 (134).

¹¹¹⁹ BGH, NJW 1984, 655 (657); näher dazu *Katzenmeier* in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, Kap. XI Rn. 117.

a) Anforderungen an die Darlegung und den Beweis der Vermutungsgrundlage

Es ist Aufgabe des Patienten die Vermutungsgrundlage darzulegen und zu beweisen. In der Fallkonstellation der Anfängeroperation¹¹²⁰ ist die Vermutungsgrundlage die nicht ausreichende Ausbildung des behandelnden Arztes. Seiner Darlegungslast genügt der Patient noch nicht, wenn er sich darauf beruft, dass der Arzt die Facharztprüfung formal noch nicht abgelegt hat.¹¹²¹ Vielmehr hat er darzutun, dass die erforderliche Facharztzeit und die nötigen Ausbildungsschritte noch nicht absolviert waren. Ist der Patient seiner Darlegungslast hinreichend nachgekommen, so obliegt es der Ärzteseite, den Vortrag des Patienten qualifiziert zu bestreiten. Dazu muss sie darlegen, dass der Arzt auch ohne den formalen Abschluss über die nötige Qualifikation verfügte, etwa indem die erfolgreich abgeschlossenen Ausbildungsabschnitte dargetan werden.¹¹²² Gelingt der Behandlungsseite ein erhebliches Bestreiten, trifft den Patienten die volle Beweislast nach § 286 ZPO hinsichtlich der mangelnden Befähigung. Die Vermutung des § 630h Abs. 4 BGB kommt dem Patienten daher entweder zu Gute, wenn die Ärzteseite nicht qualifiziert bestreitet, oder wenn dem Patienten die Führung des soeben bezeichneten Beweises gelingt.

b) Umfang der Beweislastumkehr

Fraglich ist, ob die Beweislastumkehr des Absatzes 4 neben der Anfängeroperation auch den Einsatz überlasteter (insbesondere übermüdeten) oder sonst ungeeigneter (etwa fachfremder)¹¹²³ Ärzte miterfasst.¹¹²⁴ Die Rechtsprechung hatte mehrfach auch in solchen Konstellationen die Kausalität zwischen dem Einsatz der ungeeigneten Ärzte und der eingetretenen Rechtsgutverletzung vermutet.¹¹²⁵ Gegen die Erfassung dieser Fallgruppe spricht allerdings ein Vergleich des geltenden § 630h Abs. 4 BGB mit dem Wortlaut des Referentenentwurfs und der dazugehörigen Begründung. Die Fassung des § 630h Abs. 4 BGB-RefE lautete wie folgt: „War ein Behandelnder für die von ihm vorgenommene Behandlung nicht geeignet oder nicht befähigt, wird vermutet, dass die mangelnde Eignung oder die mangelnde Befähigung für den Eintritt des Schadens ursächlich war.“ In der Begründung des Referentenentwurfs wurde als Beispiel für eine fehlende Eignung des Behandelnden eine Übermüdung des Operateurs angegeben.¹¹²⁶ Der Passus

¹¹²⁰ Die Anfängeroperation wird in der Gesetzesbegründung ausdrücklich als Fallgruppe des Absatzes 4 benannt, BT-Drs. 17/10488, S. 30.

¹¹²¹ Hierzu und zum Folgenden *Spickhoff*, VersR 2013, 267 (280).

¹¹²² Vgl. *A. Walter*, GesR 2013, 129 (134); *Spickhoff*, VersR 2013, 267 (280).

¹¹²³ Beispiel bei *Hart*, MedR 2013, 159 (163): Ein Internist übernimmt einen Eingriff aus dem Fachbereich der Urologie.

¹¹²⁴ Dafür etwa *Thole*, MedR 2013, 145 (149); *Hart*, MedR 2013, 159 (163).

¹¹²⁵ BGH, ArztR 1984, 67; vgl. auch NJW 1998, 2736 (2737); insgesamt dazu *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 792.

¹¹²⁶ Referentenentwurf zum Patientenrechtegesetz, S. 38.

der fehlenden Eignung wurde im Regierungsentwurf ebenso gestrichen, wie das besagte Beispiel aus der Entwurfsbegründung. Die Gründe für diese Streichung sind aus den Gesetzgebungsmaterialien bedauerlicherweise nicht ersichtlich.

Aus diesen Streichungen kann allerdings nicht ohne Weiteres darauf geschlossen werden, dass der Gesetzgeber die Fallgruppe des Einsatzes überlasteter Ärzte aus dem Anwendungsbereich des § 630h Abs. 4 BGB herausnehmen wollte. Einerseits führt die Gesetzesbegründung die Anfängeroperation nur als einen Beispielfall des § 630h Abs. 4 BGB auf, was andere Fallkonstellationen nicht ausschließt. Andererseits lässt sich unter den Begriff der fehlenden Befähigung zwanglos auch eine Überlastung des behandelnden Arztes subsumieren.¹¹²⁷ An dieser Stelle sei auch darauf hingewiesen, dass der Gesetzgeber, während er in § 630e Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 BGB den Begriff der „Befähigung“ im Laufe des Gesetzgebungsprozesses durch „Ausbildung“ ersetzt hat,¹¹²⁸ ebendiese Änderung in § 630h Abs. 4 BGB unterlassen hat. Dies könnte als Indiz dafür zu werten sein, dass er den Gerichten zumindest die Möglichkeit offen lassen wollte, an ihrer Rechtsprechung zu überlasteten Behandelnden festzuhalten. Zu bedenken ist bei alledem allerdings, dass im Einsatz eines überlasteten Arztes regelmäßig ohnehin ein grober Organisationsfehler zu sehen ist.¹¹²⁹ Dieser führt bereits nach § 630h Abs. 5 Satz 1 BGB zu einer Beweislastumkehr hinsichtlich der Kausalität, weshalb es der Anwendung des Absatzes 4 für die Fallgruppe der überlasteten Ärzte regelmäßig nicht bedarf.

c) Notwendigkeit der eigenständigen Beweisregel des § 630h Abs. 4 BGB

Es stellt sich weiterhin die Frage, ob der § 630h Abs. 4 BGB vom Gesetzgeber nicht gänzlich hätte weggelassen werden können. Denn nicht nur der Einsatz überlasteter Ärzte, sondern auch die Übertragung einer Behandlung an fachlich nicht ausreichend qualifizierte Ärzte stellt einen groben Organisationsfehler dar.¹¹³⁰ An dieser Stelle muss allerdings dem Gesetzgeber zumindest zu Gute gehalten werden, dass er die bisherige Rechtsprechung richtig wiedergegeben hat. Die Judikatur verwies bei Anfängeroperationen hinsichtlich der Beweislastumkehr in Bezug auf die Kausalität nämlich regelmäßig auf eine spezielle Beweisregel bei Anfängeroperationen.¹¹³¹ Die Figur des groben Organisationsfehlers wurde für diese Fallgruppe nicht bemüht. Demgegenüber wurde beim Einsatz von überlasteten (insbesondere übermüdeten) Ärzten zumeist¹¹³² danach gefragt, ob diese man-

¹¹²⁷ Vgl. auch *A. Walter*, GesR 2013, 129 (134).

¹¹²⁸ Diese begriffliche Änderung hatte wohlgemerkt einen inhaltlich allein für die Modalitäten der Selbstbestimmungsaufklärung geltenden Grund, eingehend dazu oben Kap. 3 VI. 2. a).

¹¹²⁹ Vgl. OLG Nürnberg, BeckRS 2011, 10586 – bezogen auf eine zahlenmäßig nicht ausreichende Personalausstattung einer Säuglingsstation; OLG Hamm, NJW 1993, 2387 (2388) – betraf überfordertes Pflegepersonal.

¹¹³⁰ So auch *Laufs/Kern* in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 101 Rn. 52.

¹¹³¹ BGH, NJW 1984, 655 (657); 1992, 1560 (1561); KG, BeckRS 2008, 12300.

¹¹³² Anders wohl BGH, NJW 1998, 2736 (2737).

gelhafte Organisation einen groben Organisationsfehler darstellt und sich aus diesem Grunde der Nachweis der Kausalität umkehrt.¹¹³³ Dieser unterschiedliche Begründungsansatz hinsichtlich der Beweislastumkehr in Bezug auf den Kausalitätsnachweis war, auch wenn im Ergebnis in beiden Fällen der Behandlungsseite der Kausalitätsnachweis auferlegt wurde, nicht überzeugend, da es sich beim Einsatz von nicht qualifizierten Ärzten einerseits und überlasteten Ärzten andererseits um zwei vergleichbare Fallkonstellationen handelt.

Eine sinnvollere Lösung wäre daher wohl gewesen, den § 630h Abs. 4 BGB tatsächlich wegzulassen und stattdessen in der Gesetzesbegründung zu § 630h Abs. 5 Satz 1 BGB darauf hinzuweisen, dass beim fehlerhaften Einsatz von Berufsanfängern stets und bei der Übernahme der Behandlung durch überlastete Ärzte zumindest regelmäßig ein grober Organisationsfehler mit der Rechtsfolge der Beweislastumkehr hinsichtlich der Kausalität vorliegt.

5. Beweislastumkehr beim groben Behandlungsfehler und beim einfachen Befunderhebungs- bzw. Befundsicherungsfehler (Abs. 5)

In Absatz 5 Satz 1 wurde die wohl bedeutendste beweisrechtliche Modifikation des Arzthaftungsrechts, die Beweislastumkehr beim groben Behandlungsfehler, gesetzlich niedergelegt. Der einfache Befunderhebungs- bzw. Befundsicherungsfehler, der unter bestimmten Voraussetzungen nach den Grundsätzen zur Beweislastumkehr beim groben Behandlungsfehler behandelt wird, wurde sinnvollerweise im systematischen Zusammenhang mit ebendiesem in Absatz 5 Satz 2 geregelt.

a) Beweislastumkehr beim groben Behandlungsfehler (Abs. 5 Satz 1)

Die Beweislastumkehr beim groben Behandlungsfehler wurde durch Absatz 5 Satz 1 ohne Änderungen zur bisherigen Rechtslage in das Bürgerliche Gesetzbuch übernommen. Dass der Gesetzgeber in den Gesetzesmaterialien keine dogmatisch überzeugende Begründung für diese Beweislastregel vorlegt, überrascht nicht, ist doch der Rechtsprechung eine solche Begründung in etlichen Jahrzehnten nicht gelungen.¹¹³⁴ Da diese Beweisregel aber nach hier vertretener Ansicht ohnehin schon zu Gewohnheitsrecht erstarkt ist¹¹³⁵ und zumindest aus Billigkeitsgründen begrüßenswert ist, ist es wenigstens nicht als schwerwiegendes gesetzgeberisches Unterlassen anzusehen, dass sich die Gesetzesbegründung an dieser Stelle auf eine Wiedergabe der Argumente der Rechtsprechung beschränkt.¹¹³⁶

¹¹³³ OLG Nürnberg, BeckRS 2011, 10586; OLG Braunschweig, BeckRS 1997, 12621 (Rn. 20, 23 ff.); vgl. auch OLG Hamm, NJW 1993, 2387 (2388).

¹¹³⁴ Siehe dazu oben Kap. 1 III. 5. b).

¹¹³⁵ Kap. 2 I. 1. b) cc).

¹¹³⁶ BT-Drs. 17/10488, S. 30.

Entgegen wiederholter Forderungen aus der juristischen Literatur wird der grobe Behandlungsfehler im Gesetzestext nicht definiert.¹¹³⁷ Wohl aber enthält die Gesetzesbegründung eine solche Definition: „Ein Behandlungsfehler ist grob, soweit ein medizinisches Fehlverhalten aus objektiver Sicht bei Anlegung des für den Behandelnden geltenden Ausbildungs- und Wissensmaßstabes nicht mehr verständlich erscheint, weil der Fehler gegen gesicherte und bewährte medizinische Erkenntnisse und Erfahrungen verstoßen hat und dem Behandelnden schlechterdings nicht unterlaufen darf.“¹¹³⁸ Die Aufnahme dieser umfangreichen Definition hätte den Rahmen des Gesetzestextes gesprengt. Da zudem die Beurteilung der Rechtsfrage, ob ein Behandlungsfehler grob ist, stark von den Gegebenheiten des Einzelfalls abhängt, hätte auch die Aufnahme der genannten Definition für Ärzte und Patienten nur einen geringen Erkenntnisgewinn gehabt. Daher war die Entscheidung des Gesetzgebers richtig, von einer Legaldefinition abzusehen.

Die Gesetzesbegründung gibt im Anschluss an diese Definition Beispiele für grobe Behandlungsfehler. Dabei weist sie etwa darauf hin, dass auch eine schwere Verletzung der Pflicht zur Sicherungsaufklärung (§ 630c Abs. 2 Satz 1 BGB) eine Beweislastumkehr nach Absatz 5 Satz 1 nach sich zieht.¹¹³⁹ Des Weiteren geht die Begründung auf den groben Diagnosefehler und den groben Befunderhebungsfehler ein. Ersteren charakterisiert sie als grobe Fehlinterpretation eines vorliegenden Befundes.¹¹⁴⁰ Den zweiten Fehler beschreibt der Gesetzgeber als „grob fehlerhaftes Vorgehen bei der Befunderhebung bzw. Befundsicherung“,¹¹⁴¹ womit zugegebenermaßen kein großer Erkenntnisgewinn verbunden ist. Dass der Gesetzgeber ausdrücklich auf diese beiden Fehler eingeht, ist dennoch erfreulich, weil dadurch deutlich wird, dass der grobe Diagnosefehler und der grobe Befunderhebungsfehler unmittelbar unter Absatz 5 Satz 1 zu subsumieren sind. Auf diese Weise schafft er eine eindeutige Abgrenzung dieser beiden Figuren zum einfachen Befunderhebungs- bzw. Befundsicherungsfehler im Sinne des Absatzes 5 Satz 2.¹¹⁴²

Die Rechtsfolge des § 630h Abs. 5 Satz 1 BGB, die Vermutung der Kausalität zwischen Fehler und Verletzung, kann der Arzt dadurch vermeiden, dass er nachweist, dass der Kausalzusammenhang „äußerst unwahrscheinlich“ ist. Auf diese

¹¹³⁷ *Kubella*, Patientenrechtegesetz, S. 110; *Mäsch*, NJW 2013, 1354 (1355); vgl. auch *Olzen/Metzmacher*, JR 2012, 271 (277); *A. Walter*, GesR 2013, 129 (131).

¹¹³⁸ BT-Drs. 17/10488, S. 30 mit Verweisen auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs.

¹¹³⁹ BT-Drs. 17/10488, S. 30; vgl. zu dieser Fallgruppe BGH, NJW 2005, 427 (428).

¹¹⁴⁰ Zum groben Diagnosefehler merkt die Gesetzesbegründung richtigerweise an, dass bei der Annahme eines solchen große Zurückhaltung geboten ist, weil Fehlinterpretationen in diesem Bereich leicht vorkommen können, da Symptome häufig nicht eindeutig einer einzigen Erkrankung zugeordnet werden können (siehe BGH, VersR 1981, 1033 [1034]; NJW 2003, 2827 [2828]).

¹¹⁴¹ Als Beispielfall zum groben Befunderhebungsfehler kann die folgende aktuelle Entscheidung dienen: OLG Koblenz, VersR 2013, 111 (112 f.).

¹¹⁴² Zur Wichtigkeit der trennscharfen Abgrenzung zwischen Diagnose- und einfachem Befunderhebungsfehler *Spickhoff*, NJW 2013, 1714 (1717).

Verteidigungsmöglichkeit weisen im Gesetzestext die Worte „grundsätzlich geeignet“ hin. Genau genommen obliegt es zunächst dem Patienten, im Rahmen des Beweises des Vorliegens eines groben Behandlungsfehlers auch dessen grundsätzliche Eignung für die eingetretene Verletzung nachzuweisen.¹¹⁴³ Der Arzt kann sodann die Geltung der Beweislastumkehr dadurch ausschließen, dass er nachweist, dass der Kausalzusammenhang zwischen Fehler und Verletzung „äußerst unwahrscheinlich“ ist¹¹⁴⁴. Einer Aufnahme dieses Ausschlusses der Kausalitätsvermutung in einem zusätzlichen Absatz 6 bedurfte es nicht.¹¹⁴⁵

In Bezug auf die Rechtsfolge des § 630h Abs. 5 Satz 1 BGB betont der Gesetzgeber darüber hinaus, dass grundsätzlich nur die haftungsbegründende, nicht aber die haftungsausfüllende Kausalität von der Beweislastumkehr erfasst wird.¹¹⁴⁶ Dies hat zur Folge, dass ein Patient, dem bezüglich der kausalen Primärschäden die Beweislastumkehr zu Gute kommt, grundsätzlich den Nachweis hinsichtlich der kausalen Sekundärschäden (beispielsweise Verdienstaustausfall) selbst führen muss.¹¹⁴⁷ Diese Differenzierung nach den Begriffen haftungsbegründende und haftungsausfüllende Kausalität ist zwar üblich, aber etwas unpräzise. Denn genau genommen orientiert sich die Reichweite der Beweislastumkehr nicht an den Kategorien der haftungsbegründenden und haftungsausfüllenden Kausalität, sondern hängt vielmehr davon ab, ob der eingetretene Schaden im Schutzbereich der grob verletzten Verhaltenspflicht lag.¹¹⁴⁸ Soweit die verletzte Verhaltensregel gerade auch vor dem eingetretenen Folgeschaden schützen sollte, oder ein solcher typisch ist, erstreckt sich die Beweislastumkehr auch auf die diesbezügliche (haftungsausfüllende) Kausalität.¹¹⁴⁹ Kürzlich hat der Bundesgerichtshof richtigerweise festge-

¹¹⁴³ BGH, VersR 2008, 490 (491); *Jaeger*, Patientenrechtegesetz, Rn. 438.

¹¹⁴⁴ Rechtsdogmatisch handelt es sich beim Merkmal „äußerst unwahrscheinlich“ wohl um einen Ausschluss der Kausalitätsvermutung des § 630h Abs. 5 Satz 1 BGB (siehe die Formulierungen bei BGH, VersR 2011, 1148 [1148]; nicht eindeutig BT-Drs. 17/10488, S. 31). *Spickhoff* berücksichtigt dieses Merkmal dagegen im Rahmen des Gegenbeweises gegen die Kausalitätsvermutung im Sinne des § 292 ZPO (*Spickhoff*, VersR 2013, 267 [280]). Da aber sowohl bei einem Vermutungsausschluss, als auch im Rahmen des Gegenbeweis des § 292 ZPO das Beweismaß der vollen richterlichen Überzeugung (§ 286 ZPO) gilt (so ausdrücklich für die Kausalitätsvermutung des § 84 Abs. 2 AMG, *Vogeler*, MedR 2011, 81 [85 m. w. N.]), ergeben sich inhaltlich aus dieser unterschiedlichen dogmatischen Einordnung keine Unterschiede.

¹¹⁴⁵ So aber Stellungnahme des Bundesrates zum Patientenrechtegesetz, BT-Drs. 17/10488, S. 43.

¹¹⁴⁶ BT-Drs. 17/10488, S. 31. Im Wortlaut des Referentenentwurfs hieß es noch, dass vermutet wird, dass „der Behandlungsfehler für den Eintritt des Schadens ursächlich war“ (Referentenentwurf zum Patientenrechtegesetz, S. 8). Diese Formulierung hätte die Interpretation denkbar werden lassen, dass die haftungsausfüllende Kausalität und damit alle Folgeschäden stets von der Beweislastumkehr erfasst sind.

¹¹⁴⁷ Zu den Gründen dieser Beschränkung: *Katzenmeier* in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, Kap. XI Rn. 69.

¹¹⁴⁸ *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 791; *Schramm*, Der Schutzbereich der Norm im Arzthaftungsrecht, S. 272 ff.; *Giesen*, Arzthaftungsrecht, Rn. 408.

¹¹⁴⁹ Vgl. BGH, NJW 2008, 1381 (1382 f.); NJW 2005, 427 (429); NJW 1988, 2948 (2948); NJW 1978, 1683 (1683f.); NJW 1970, 1230 (1231); OLG Karlsruhe 2006, 617 (618). Die Rechtsprechung orientiert sich allerdings grundsätzlich an den Begriffen haftungsbegründende und haftungsausfüll-

stellt, dass schädliche Folgen eines groben Behandlungsfehlers auch dann von der Beweislastumkehr erfasst sein können, wenn diese noch nicht zum Standardwissen eines Behandelnden zählen. Entscheidend ist lediglich, ob die aufgetretenen Folgeschäden dem Bereich der Risikoerhöhung durch den groben Behandlungsfehler zuzuordnen sind.¹¹⁵⁰

b) Beweislastumkehr beim einfachen Befunderhebungs- bzw. Befundsicherungsfehler (Abs. 5 Satz 2)

Mit Absatz 5 Satz 2 übernimmt der Gesetzgeber die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum einfachen Befunderhebungsfehler. Um diese Beweislastumkehr auszulösen, muss der Patient zweierlei beweisen:¹¹⁵¹ Zum einen muss er einen einfachen Befunderhebungs- bzw. Befundsicherungsfehler des Arztes nachweisen. Zum anderen muss er beweisen, dass eine Befunderhebung mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein reaktionspflichtiges Ergebnis erbracht hätte, das Anlass zu weiteren Maßnahmen gegeben hätte, deren Nichtbefolgung einen groben Behandlungsfehler¹¹⁵² dargestellt hätte.¹¹⁵³ Den allgemeinen Grundsätzen der Beweislastumkehr beim groben Behandlungsfehler entsprechend, darf der ursächliche Zusammenhang zwischen der nichterfolgten Befunderhebung und der eingetretenen Verletzung nicht äußerst unwahrscheinlich sein.¹¹⁵⁴ Die Beweislast hinsichtlich dieser Voraussetzung obliegt allerdings, wie beim groben Behandlungsfehler, dem Arzt.

Im Rahmen des Absatzes 5 Satz 2 ist insbesondere das Beweismaß problematisch, das für den Kausalzusammenhang zwischen dem einfachen Befunderhebungsfehler und dem Befundergebnis – auf das nicht zu reagieren grob behandelungsfehlerhaft gewesen wäre – gilt. Der Gesetzestext lässt, wie auch die bisherige Rechtsprechung, eine „hinreichende Wahrscheinlichkeit“ genügen. Dies ist auf Kritik gestoßen.¹¹⁵⁵ Der Gesetzgeber sei an dieser Stelle „recht unreflektiert“ der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs gefolgt. Da die Judikatur zum einfachen Befunderhebungsfehler ohnehin rigide sei, hätte man aus rechtspolitischer Sicht

lende Kausalität und sieht unter den genannten Voraussetzungen ausnahmsweise die haftungsausfüllende Kausalität als von der Beweislastumkehr beim groben Behandlungsfehler erfasst an.

¹¹⁵⁰ BGH, NJW 2012, 2653 (2654).

¹¹⁵¹ Dazu *Gebrein*, Grundriss der Arzthaftpflicht, Kap. B Rn. 157; *Laufs/Kern* in: *Laufs/Kern*, Handbuch des Arztrechts, § 110 Rn. 19.

¹¹⁵² Der grobe Behandlungsfehler tritt entweder in Form eines groben Diagnosefehlers oder eines groben Therapiefehlers auf, *Schultze-Zeu*, VersR 2008, 898 (898).

¹¹⁵³ Diese Beweisregel stellt daher eine Kombination aus einem nachgewiesenen einfachen Befunderhebungsfehler und einem hypothetischen groben Behandlungsfehler dar, *Harder*, Die Beweisfigur des Befunderhebungs- und Befundsicherungsfehlers im Arzthaftungsprozess, S. 85; *Spickhoff*, VersR 2013, 267 (280).

¹¹⁵⁴ So BGH, NJW 2004, 2011 (2013), die 90-prozentige Wahrscheinlichkeit, dass bei der gebotenen Behandlung der Schaden gleichermaßen entstanden wäre, erfüllt nicht die Voraussetzung „äußerst unwahrscheinlich“.

¹¹⁵⁵ *Spickhoff*, VersR 2013, 267 (280 f.).

gut daran getan, diesen Kausalzusammenhang dem schärferen Beweismaß des § 286 ZPO zu unterwerfen. Diese Kritik erscheint verständlich, wird doch durch die Beweisregel des Absatzes 5 Satz 2 an einen einfachen Fehler (unterlassene Befunderhebung) eine für den Arzt sehr belastende Folge (Beweislastumkehr hinsichtlich der Kausalität) geknüpft. In Anbetracht der gravierenden Beweisschwierigkeiten, die sich für den Patienten aus einer unterlassenen Befunderhebung bzw. Befundsicherung ergeben,¹¹⁵⁶ lässt sich rechtspolitisch wohl aber auch die vom Bundesgerichtshof gewählte Linie vertreten, die dem Patienten hinsichtlich des hypothetischen¹¹⁵⁷ und daher nicht leicht nachzuweisenden Kausalzusammenhangs entgegenkommt.¹¹⁵⁸ Zuzustimmen ist der Kritik aber jedenfalls insoweit, als der Gesetzgeber – wie sich am gänzlichen Fehlen einer Stellungnahme in der Gesetzesbegründung zeigt – offensichtlich keine eigenen rechtspolitischen Erwägungen zu dieser Frage getroffen, sondern schlicht den Rechtsprechungsgrundsatz und die damit einhergehenden rechtspolitischen Überlegungen des Bundesgerichtshofs übernommen hat.

Das Fehlen jeglicher Äußerung in der Gesetzesbegründung zur „hinreichenden Wahrscheinlichkeit“ im Sinne des Absatzes 5 Satz 2 ist noch aus einem anderen Grunde bedauerlich. Es ist nämlich umstritten, welche genauen Anforderungen mit der „hinreichenden Wahrscheinlichkeit“ verbunden sind. Da keine höchstrichterliche Entscheidung zu dieser Frage existiert, muss auf die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte zurückgegriffen werden. Von diesen werden insgesamt drei verschiedene Positionen vertreten. Das OLG Saarbrücken hat entschieden, dass für dieses Beweismaß ein Wahrscheinlichkeitsgrad von unter 50 % ausreicht.¹¹⁵⁹ Das OLG Celle hat mehrfach eine Mindestwahrscheinlichkeit von 50 % gefordert.¹¹⁶⁰ In einer jüngeren Entscheidung hat es nun allerdings in einem obiter dictum, in Abkehr zu seiner bisherigen Rechtsprechung, darauf hingewiesen, dass eine hinreichende Wahrscheinlichkeit erst ab einer Wahrscheinlichkeit von 51 % anzunehmen ist.¹¹⁶¹ So sieht das auch die ganz überwiegende Zahl der Oberlan-

¹¹⁵⁶ Dazu näher BGHZ 85, 212 (217); *G.Müller*, NJW 1997, 3049 (3053); *Katzenmeier* in: *Laufs/Katzenmeier/Lipp*, Arztrecht, Kap. XI Rn. 99 und bereits oben Kap. 1 III. 4.

¹¹⁵⁷ Es handelt hier genau genommen um eine beim Unterlassen zu prüfende Quasikausalität, vgl. *Spickehoff*, NJW 2004, 2345 (2345). Bei der Quasikausalität wird ein hypothetischer Kausalverlauf betrachtet, vgl. BGHSt 37, 106 (127); 43, 77 (93); *Fischer*, StGB, Vor § 13 Rn. 39 m. w. N.

¹¹⁵⁸ Ebenso *Schultze-Zeu*, VersR 2008, 898 (900).

¹¹⁵⁹ OLG Saarbrücken, NJW-RR 2008, 539 (540); ebenso aus der Literatur: *Harder*, Die Beweisfigur des Befunderhebungs- und Befundsicherungsfehlers im Arzthaftungsprozess, S. 100.

¹¹⁶⁰ OLG Celle, VersR 2009, 500 (502); OLG Celle, Urt. v. 26.3.2007, Az. 1 U 51/04, juris.

¹¹⁶¹ OLG Celle, Urt. v. 15.4.2013, Az. 1 U 26/12 (bislang unveröffentlicht). Gegen diese Entscheidung wurde beim BGH eine Nichtzulassungsbeschwerde – unter der Bedingung der Gewährung von Prozesskostenhilfe – eingelegt (Az. VI ZA 13/13). Da die Aussage zur hinreichenden Wahrscheinlichkeit aber nur als obiter dictum getroffen wurde, ist auch in dieser Rechtssache eine höchstrichterliche Klärung der angesprochenen Frage nicht zu erwarten.

desgerichte.¹¹⁶² Letztere Ansicht erscheint, gerade unter Berücksichtigung der oben dargelegten Kritik, sinnvoll. Für diese Auslegung spricht auch ein Vergleich zum hinreichenden Tatverdacht im Strafrecht. Die bei dieser Rechtsfigur ebenfalls relevante „hinreichende Wahrscheinlichkeit“ (hinsichtlich einer Verurteilung) wird gleichermaßen ab einer Wahrscheinlichkeit von mehr als 50 % angenommen.¹¹⁶³ Daher spricht viel dafür, dass der Bundesgerichtshof sich der deutlichen Mehrzahl der Oberlandesgerichte anschließen und für die „hinreichende Wahrscheinlichkeit“ einen Wahrscheinlichkeitsgrad von mehr als 50 % verlangen wird. Zu bedenken ist allerdings, dass sich dann die „hinreichende Wahrscheinlichkeit“ nicht von der „überwiegenden“ unterscheidet.¹¹⁶⁴ Dies erscheint in Anbetracht der unterschiedlichen und grundsätzlich nicht synonym verwendbaren Begriffe zumindest problematisch. Daher hätte der Gesetzgeber von der Formulierung des Bundesgerichtshofs abweichend eine „überwiegende Wahrscheinlichkeit“ in Absatz 5 Satz 2 verlangen sollen. Gleichzeitig hätte er in der Gesetzesbegründung klarstellen können, dass damit keine grundsätzliche Änderung zur bisherigen Rechtsprechung vorgenommen werden soll, sondern lediglich eine Festlegung auf die mehrheitlich unter den Oberlandesgerichten vertretene Ansicht erfolgen soll. Enttäuschend ist aber jedenfalls, dass der Gesetzgeber, wie auch an etlichen anderen Stellen in der Gesetzesbegründung, eine nähere Auseinandersetzung mit der Problematik vermissen lässt.

X. Auswirkungen der §§ 630a ff. BGB auf das Deliktsrecht

Regelmäßig kann der Patient seine Haftungsansprüche wahlweise auf eine vertragliche oder eine deliktsrechtliche Grundlage stellen.¹¹⁶⁵ Um Wertungswidersprüche zu vermeiden, werden beide Anspruchstypen von der Rechtsprechung, soweit dies dogmatisch möglich ist, gleich behandelt.¹¹⁶⁶ Dies hat zur Folge, dass die Regelungen der §§ 630a ff. BGB auch für die deliktsrechtliche Arzthaftung eine erhebliche Bedeutung entfalten. Die Parallelität von deliktischer und vertraglicher Arzthaftung zeigt sich besonders deutlich, wenn man sich vor Augen führt, in wie wenigen Konstellationen dem Patienten allein deliktsrechtliche Ansprüche zustehen.

¹¹⁶² OLG Köln, BeckRS 2013, 02339; BeckRS 2013, 03958; OLG Naumburg, NJW-RR 2012, 1375 (1378); zu weiteren parallelen OLG-Entscheidungen siehe *Geiß/Greiner*, Arzthaftpflichtrecht, Kap. B Rn. 296; aus der Literatur: *Jaeger*, Patientenrechtegesetz, Rn. 452; *Schultze-Zeu*, VersR 2008, 898 (900).

¹¹⁶³ *Graf/Gorf*, Kommentar zur StPO, § 170 Rn. 2 m. w. N.

¹¹⁶⁴ Eine Gleichstellung der Begriffe annehmend OLG Naumburg, NJW-RR 2012, 1375 (1378); OLG Köln, VersR 2004, 247 (247); vgl. auch *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 773.

¹¹⁶⁵ Zur Anspruchskonkurrenz siehe *Laufs/Kern* in: *Laufs/Kern*, Handbuch des Arztrechts, § 93 Rn. 17.

¹¹⁶⁶ BGH, NJW 1989, 767 (768); NJW 1987, 705 (706); vgl. auch *A. Walter*, GesR 2013, 129 (130); *Wagner*, VersR 2012, 789 (801).

Als solche Konstellationen sind zunächst Notfallbehandlungen zu nennen, bei denen nicht nachträglich ein Behandlungsvertrag mit ex-tunc-Wirkung geschlossen wird.¹¹⁶⁷ Ebenfalls bestehen nur deliktische Haftungsansprüche, wenn die ärztlichen Leistungen im Rahmen eines Gefälligkeitsverhältnisses erbracht werden. Daneben erlangen deliktische Haftungsansprüche dann Bedeutung, wenn der Behandelnde angestellter Arzt an einem Krankenhaus oder in einer Praxis ist und vertragliche Bindungen des Patienten nur zum Krankenhausträger bzw. zum Praxisinhaber entstehen. In derartigen Fallkonstellationen ist allerdings zu beachten, dass der behandelnde Arzt als Erfüllungsgehilfe des Praxisinhabers bzw. des Krankenhausträgers tätig wird. Da der angestellte Arzt dem Pflichtenprogramm nachkommen muss, welches sein Arbeitgeber gegenüber dem Patienten vertraglich schuldet (§§ 630a ff. BGB), ist das Behandlungsvertragsrecht auch hier für das Arzt-Patienten-Verhältnis von Bedeutung. Die genannten Konstellationen zeigen, dass im Regelfall vertragliche und deliktische Arzthaftung parallel zueinander stehen. Es stellt sich daher die Frage, welche konkreten Auswirkungen die einzelnen Bestimmungen des Untertitels „Behandlungsvertrag“ für das Deliktsrecht haben.

1. Bedeutung der einzelnen Regelungen der §§ 630a ff. BGB für das Deliktsrecht

§ 630a Abs. 1 und § 630b BGB haben als vertragspezifische Bestimmungen keine Auswirkungen auf das Deliktsrecht. Anders verhält sich dies aber bereits mit § 630a Abs. 2 BGB. Der dort niedergelegte Sorgfaltsmaßstab gilt gleichermaßen im Deliktsrecht. Während der ärztliche Standard im Vertragsrecht im Rahmen der Pflichtverletzung und des Vertretenmüssens Bedeutung erlangt, wird er im Deliktsrecht bei der Frage des Verschuldens relevant.¹¹⁶⁸ Verstößt der Arzt gegen die Pflicht zur therapeutischen Aufklärung (§ 630c Abs. 2 Satz 1 BGB), so stellt dies aus deliktsrechtlicher Sicht eine Verletzung seiner Verkehrssicherungspflicht dar.¹¹⁶⁹ Beispielhaft kann hier auf den Fall des unterlassenen Hinweises auf die nicht gegebene Verkehrstüchtigkeit des Patienten nach einer Sedierung verwiesen werden.¹¹⁷⁰

Eine Verletzung der Fehleroffenbarungspflicht und der Pflicht zur wirtschaftlichen Aufklärung (§ 630c Abs. 2 Satz 2, 3, Abs. 3 BGB) kann allerdings nicht über das Deliktsrecht geltend gemacht werden. In beiden Fällen steht regelmäßig nur eine Verletzung des Vermögens in Frage, die über § 823 BGB nicht ersetzt wird. Allein wenn in Folge der Verletzung der Fehleroffenbarungspflicht eine Gesundheitsschädigung eingetreten ist (vgl. § 630c Abs. 2 Satz 2 [2. Alt.] BGB), käme eine Geltendmachung über das Deliktsrecht in Betracht. Da sich in solchen Konstellationen aber die Fehleroffenbarungs- und die Sicherungsaufklärungs-

¹¹⁶⁷ Hierzu und zum Folgenden *Spickhoff*, *VersR* 2013, 267 (281).

¹¹⁶⁸ Vgl. *Deutsch/Spickhoff*, *Medizinrecht*, Rn. 321 ff., insb. 327.

¹¹⁶⁹ *Spickhoff*, *VersR* 2013, 267 (281).

¹¹⁷⁰ Siehe dazu BGH, *NJW* 2003, 2309 (2310).

pflicht decken,¹¹⁷¹ weil der Arzt bereits im Rahmen der Sicherungsaufklärung den Patienten vor gesundheitlichen Schäden bewahren muss,¹¹⁷² hat dieser Fall keine eigenständige Bedeutung.

Die Bestimmungen der §§ 630d f. BGB zur Einwilligung und Aufklärung sind gänzlich in das Deliktsrecht übertragbar.¹¹⁷³ Daran ändert auch die unterschiedliche dogmatische Einordnung nichts. Dass die Einwilligung und die Aufklärung im Deliktsrecht auf Rechtfertigungsebene zu prüfen sind und die Einwilligung daher Einwendungscharakter aufweist, führt lediglich dazu, dass es der besonderen Beweislastverteilungsregel des § 630h Abs. 2 BGB im Deliktsrecht nicht bedarf. Die Bestimmungen zur ärztlichen Dokumentationspflicht in § 630f BGB sind ebenfalls uneingeschränkt auf das Deliktsrecht anwendbar. Es ist allgemein anerkannt, dass die Dokumentationspflicht für den Arzt nicht nur im vertraglichen, sondern auch im rein deliktischen Umfeld gilt.¹¹⁷⁴ Hierfür sprechen auch die Gründe, die hinter der ärztlichen Verpflichtung zur Dokumentation stehen. Zum einen soll die Dokumentation eine ordnungsgemäße Weiterbehandlung sicherstellen und damit die körperliche Unversehrtheit des Patienten absichern¹¹⁷⁵ und zum anderen dient sie (in Zusammenwirken mit dem Einsichtsrecht des Patienten) dem Schutz des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts.¹¹⁷⁶ Diese Gründe gelten unabhängig davon, ob der Arzt und der Patient einen Vertrag miteinander geschlossen haben oder nicht. Begehrt der Patient in einem rein deliktsrechtlichen Fall Einsicht in die Behandlungsakte, so wird man § 630g BGB analog anwenden können.¹¹⁷⁷

Die Beweisregeln des § 630h BGB sind im Deliktsrecht ebenfalls entsprechend anwendbar.¹¹⁷⁸ Der Gesetzgeber hat die von der Rechtsprechung im Bereich des Deliktsrechts entwickelten besonderen Beweislastgrundsätze in dieser Norm gesetzlich niedergelegt. Diese Regelungen im Deliktsrecht nicht analog heranzuziehen, wäre widersinnig. Während eine analoge Anwendung des § 630h Abs. 2 BGB, wie besprochen, im Deliktsrecht nicht erforderlich ist und die Absätze 3 bis 5 ohne Anpassungsprobleme im Deliktsrecht angewendet werden können, bedarf die entsprechende Anwendung des Absatzes 1 einer kurzen Erläuterung. Nach § 630h Abs. 1 BGB wird nur ein Fehler des Behandelnden vermutet, nicht aber auch ein Verschulden desselben. Die Beweisregel für voll beherrschbare Behand-

¹¹⁷¹ Hierzu bereits oben Kap. 3 IV. 3. b) aa).

¹¹⁷² *Laufs* in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 58 Rn. 1.

¹¹⁷³ Ebenso *Spickhoff*, VersR 2013, 267 (281).

¹¹⁷⁴ OLG München, NJW 1992, 2973 (2973); *Laufs*, NJW 1994, 1562 (1567); Bamberger/Roth/*Spindler*, BGB, § 823 Rn. 737 m. w. N.

¹¹⁷⁵ MünchKomm/*Wagner*, BGB, § 823 Rn. 864; *Schlund* in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 55 Rn. 1.

¹¹⁷⁶ BGH, NJW 1983, 328 (329); *Schlund* in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 55 Rn. 1 m. w. N.

¹¹⁷⁷ Ebenso *Spickhoff*, VersR 2013, 267 (281).

¹¹⁷⁸ So auch *Spickhoff*, VersR 2013, 267 (281).

lungsrisiken umfasste bislang aber auch eine Vermutung des Verschuldens.¹¹⁷⁹ Eine solche Verschuldensvermutung muss § 630h Abs. 1 BGB für das Vertragsrecht nicht aussprechen, da hier ohnehin § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB gilt. Dies darf aber für das Deliktsrecht nichts an einer Verschuldensvermutung ändern, weshalb bei einer analogen Anwendung des § 630h Abs. 1 BGB im Deliktsrecht die Vermutungswirkung auf das Verschulden erstreckt werden muss.

2. Bewertung und Ausblick auf die zukünftige Entwicklung des Verhältnisses von vertraglicher zu deliktischer Arzthaftung

Die vertragsrechtliche Verankerung der ärztlichen Pflichten lässt eine weitere Verlagerung der Arzthaftung vom Deliktsrecht zum Vertragsrecht erwarten.¹¹⁸⁰ Wird in der arztrechtlichen Praxis in Zukunft über den Inhalt und die Bedeutung ärztlicher Pflichten gestritten, werden sich die Beteiligten auf die Bestimmungen der §§ 630a ff. BGB berufen. Allein die regelmäßige Nennung der vertraglichen Vorschriften wird die besagte Akzentverschiebung weiter vorantreiben. Dies setzt eine Entwicklung fort, die bereits durch die Verlagerung des Schmerzensgeldanspruchs von § 847 BGB a. F. zu § 253 Abs. 2 BGB im Rahmen des Zweiten Schadensrechtsänderungsgesetzes begonnen hat.¹¹⁸¹

Trotz der analogen Anwendbarkeit der §§ 630a ff. BGB im Deliktsrecht bereitet der Blick in die Zukunft des Verhältnisses von vertraglicher und deliktischer Arzthaftung Sorgen. Diese beziehen sich in erster Linie auf die Beweisregeln. Denn § 630h BGB ist für das Deliktsrecht nicht verbindlich.¹¹⁸² Es besteht daher die Möglichkeit, dass Rechtsprechung und Lehre zur Entwicklung neuer Beweisregeln auf das Deliktsrecht ausweichen. *Hart* spricht insoweit davon, dass sich das Deliktsrecht zum „Neuerungsrecht“ entwickeln könnte.¹¹⁸³ Befeuert werden solche Annahmen noch dadurch, dass der Gesetzgeber in der Begründung verlauten lässt: „Die Haftung nach den deliktischen Vorschriften der §§ 823 ff. BGB bleibt hiervon [§ 630 h BGB] grundsätzlich unberührt“.

Die Bedenken, dass das Deliktsrecht zur Entwicklung neuer Beweisregeln genutzt werden und dadurch die existierende Einheit des Arzthaftungsrechts aufgelöst werden könnte, sind durchaus berechtigt. Allerdings ist die skizzierte Gefahr aus folgenden Gründen weniger groß als teilweise befürchtet: Einige der in § 630h BGB kodifizierten Beweisregeln lassen nämlich zumindest in bestimmtem Maße Erweiterungen zu. So steht es der Rechtsprechung und Lehre beispielsweise offen,

¹¹⁷⁹ Vgl. *Laufs/Kern* in: *Laufs/Kern*, Handbuch des Arztrechts, § 109 Rn. 22.

¹¹⁸⁰ So auch BT-Drs. 17/10488, S. 17 f.; a. A. *Katzenmeier*, NJW 2013, 817 (823); *Hart*, MedR 2013, 159 (165); vgl. auch *Wagner*, VersR 2012, 789 (801).

¹¹⁸¹ Siehe dazu bereits oben Kap. 1 IV.

¹¹⁸² *Wagner*, VersR 2012, 789 (801).

¹¹⁸³ *Hart*, MedR 2013, 159 (165). *Katzenmeier* (NJW 2013, 817 [823]) hält Friktionen zwischen dem Vertrags- und dem Deliktsrecht nur für eine Frage der Zeit. Siehe zu dieser Problematik auch *Wagner*, VersR 2012, 789 (801).

neue Fallgruppen voll beherrschbarer Behandlungsrisiken zu schaffen und dadurch die Reichweite des § 630h Abs. 1 BGB auszudehnen. Gleiches dürfte für § 630h Abs. 4 BGB gelten. Anders ist die Situation allerdings, wenn ein Bedürfnis nach einer völlig neuen Beweisregel entstehen sollte. Einer solchen könnte der Katalog der Beweisverteilungsregeln in § 630h BGB entgegenstehen.¹¹⁸⁴ Diesbezüglich ist aber anzumerken, dass der Druck, weitere Beweiserleichterungen zu Gunsten des Patienten schaffen zu müssen, aus heutiger Sicht ohnehin eher gering erscheint. Dies zeigt etwa die Tatsache, dass die Entwicklung des letzten arztrechtsspezifischen Beweisgrundsatzes bereits 18 Jahre¹¹⁸⁵ zurückliegt. Die Einführung weiterer Beweiserleichterungen zu Gunsten des Patienten bürge zudem die Gefahr, dass das ausgewogene beweisrechtliche System im Arzthaftungsrecht aus dem Gleichgewicht geriete.

Letztlich ist darauf zu hoffen, dass die Rechtsprechung, die, wie bereits erwähnt, schon bisher strikt auf einen Gleichlauf von deliktischer und vertraglicher Arzthaftung geachtet hat,¹¹⁸⁶ dies auch in Zukunft tun wird. Falls die Schaffung einer völlig neuen Beweisregel notwendig werden sollte, ist der Judikatur zu raten, nicht den einfachen Weg zu wählen und auf das Deliktsrecht auszuweichen, sondern rechtsschöpfend¹¹⁸⁷ im Rahmen des § 630h BGB aktiv zu werden. Der zu Recht bislang stets gewährleistete Gleichlauf von vertraglicher und deliktischer Arzthaftung sollte zumindest nicht fahrlässig zu Gunsten einer neuen, nur für den deliktischen Bereich geltenden Beweisregel geopfert werden.

XI. Unberücksichtigt gebliebene Reformvorschläge

Im Rahmen des Gesetzgebungsprozesses wurden noch einige weitergehende Reformvorschläge vorgelegt, die allerdings keinen Eingang in das Gesetz gefunden haben.¹¹⁸⁸ Die wichtigsten dieser Ideen sollen im Folgenden kurz dargestellt und bewertet werden.

¹¹⁸⁴ *Spickhoff* (VersR 2013, 267 [278]) spricht insoweit vom „Korsett“ des § 630h BGB“.

¹¹⁸⁵ Als letzte Beweisregel wurde die Beweislastumkehr beim einfachen Befunderhebungsfehler entwickelt, die im Jahr 1996 ihre endgültige Form erhalten hat. Siehe dazu oben Kap. 1 III. 4. Vgl. auch *Thurn*, MedR 2013, 153 (154).

¹¹⁸⁶ BGH, NJW 1989, 767 (768); NJW 1987, 705 (706); vgl. auch *A. Walter*, GesR 2013, 129 (130).

¹¹⁸⁷ *Rehborn* (MDR 2013, 565 [569]) geht davon aus, dass das arzthaftungsspezifische Beweisrecht im Bedarfsfall im Wege der Gesetzes- oder Rechtsanalogie an neue Rahmenbedingungen angepasst werden kann.

¹¹⁸⁸ Teilweise wurden weitergehende Reformbestrebungen bereits an jeweils passender Stelle in der Einzelerläuterung der §§ 630a ff. BGB erläutert. Siehe daher zum Vorschlag für einen Patientenbrief (Kap. 3 IV. 2. b)) und zur Regelung der IGel (Kap. 3 IV. 4. c)).

1. Beweislastumkehr bei einfachen Behandlungsfehlern

Sowohl von Seiten der Politik¹¹⁸⁹ als auch von der juristischen Literatur¹¹⁹⁰ wurde angedacht, die Beweislast hinsichtlich der Kausalität auch bei einfachen Behandlungsfehlern zu Gunsten der Patienten umzukehren. Eine solche Regelung hätte allerdings das bestehende beweisrechtliche Gefüge im Arzthaftungsprozess völlig gesprengt. Schicksalhafte Verläufe hätten bei Nichtnachweisbarkeit der fehlenden Ursächlichkeit des einfachen Behandlungsfehlers für den eingetretenen Schaden vom Arzt getragen werden müssen. Dies hätte mittelbar zu einer ärztlichen Erfolgseinstandspflicht geführt.¹¹⁹¹ Auch aus Sicht der Patienten wäre eine solche Regelung im Ergebnis nicht wünschenswert gewesen. Denn Ärzte hätten vielfach den Mut verloren, schnelle Entscheidungen zu treffen, und unheilbar kranke Patienten hätten keine Ärzte mehr gefunden, die bereit gewesen wären, jene Haftungsgefahr auf sich zu nehmen.¹¹⁹² Daher hat der Gesetzgeber gut daran getan, dieser überzogenen Forderung eine Absage zu erteilen.

2. Herabsetzung des Beweismaßes und Proportionalhaftung

Grundsätzlich gilt im Arzthaftungsprozess, wie allgemein in zivilen Rechtsstreitigkeiten, das Beweismaß der vollen richterlichen Überzeugung (§ 286 ZPO). Dieses erfordert einen für das praktische Leben *brauchbaren Grad* von Gewissheit, der Zweifeln Schweigen gebietet, ohne sie völlig auszuschließen.¹¹⁹³ Dem steht § 287 ZPO gegenüber, der für den Bereich des Schadens und der haftungsausfüllenden Kausalität das Beweismaß der überwiegenden Wahrscheinlichkeit ausreichen lässt.¹¹⁹⁴ Teilweise wurde erwogen, im Arzthaftungsprozess generell das letztere Beweismaß ausreichen zu lassen.¹¹⁹⁵ Dies wäre durch eine entsprechende Beweissonderregel durchaus möglich gewesen.¹¹⁹⁶ Für eine derartige Regelung hätte etwa gesprochen, dass die Zweiteilung des Beweismaßes des Ursächlichkeitsnachweises zwischen haftungsbegründender (§ 286 ZPO) und haftungsausfüllender Kausalität

¹¹⁸⁹ Antrag der Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen v. 29.6.2011, BT-Drs. 17/6348, S. 3.

¹¹⁹⁰ Giesen, JZ 1982, 448 (452); Währendorf, Die Prinzipien der Beweislast im Haftungsrecht, S. 94.

¹¹⁹¹ Katzenmeier, MedR 2011, 201 (206); vgl. auch Gottwald, Jura 1980, 303 (308).

¹¹⁹² Spickhoff, Stellungnahme zum Patientenrechtegesetz im Rechts- und Gesundheitsausschuss vom 22.10.2012, Ausschussdrucksache 17(14)0326(4), S. 9.

¹¹⁹³ BGH, NJW 2013, 790 (791); NJW 2008, 2846 (2848); NJW 1998, 2969 (2971).

¹¹⁹⁴ Siehe MünchKomm/Prütting, ZPO, § 287 Rn. 5 ff.

¹¹⁹⁵ Vgl. Antrag der Bundestagsfraktion der SPD v. 3.3.2010, BT-Drs. 17/907, S. 6; siehe dazu auch Spickhoff, VersR 2013, 267 (268); ders. in: Karlsruher Forum 2007, S. 7 (79 ff.); ausführlich zu dieser Fragestellung auch Katzenmeier in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, Kap. XI Rn. 139 ff.; ders., Arzthaftung, S. 503 ff.

¹¹⁹⁶ Vgl. Katzenmeier, MedR 2011, 201 (207); ders. in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, Kap. XI Rn. 144 ff.

(§ 287 ZPO), die bisweilen eher zufällig erscheint,¹¹⁹⁷ auf diese Weise hätte vermieden werden können.¹¹⁹⁸ Gegen eine Beweismaßreduktion im Arzthaftungsrecht wurde allerdings vorgebracht, dass dadurch das Wesen von Beweislastentscheidungen beeinträchtigt werde.¹¹⁹⁹ Die Beweislastverteilung sei Ausdruck materieller Gerechtigkeitsgesichtspunkte, die sich in Beweislastentscheidungen widerspiegeln und diese als gerecht erscheinen lassen. Dieses System würde durch eine Beurteilung nach überwiegender Wahrscheinlichkeit konterkariert. Zudem bestünde bei einer Beweismaßreduktion die Gefahr einer Ausuferung der Haftung.¹²⁰⁰

Ein ähnlicher, allerdings noch stärker ins Beweisrecht eingreifender Vorschlag sah die Einführung einer sog. „probabilistischen Proportionalhaftung“ vor.¹²⁰¹ Danach wäre das Prozessergebnis anteilig nach Wahrscheinlichkeitsquoten zu teilen gewesen.¹²⁰² Der Arzt hätte quotenmäßig immer in derjenigen Höhe für den eingetretenen Schaden einstehen müssen, die der Wahrscheinlichkeit entspricht, mit der der Patient bei ordnungsgemäßer Behandlung gesund geworden wäre.¹²⁰³ Gegen die Einführung einer probabilistischen Proportionalhaftung spricht aber, dass dadurch das Ausgleichssystem der Haftung in Frage gestellt würde.¹²⁰⁴ Gerade in Arzthaftungsfällen kann nur sehr selten mit absoluter Sicherheit festgestellt werden, dass nicht zu einer gewissen Wahrscheinlichkeit andere Umstände als die nichtordnungsgemäße Behandlung zum Eintritt des Schadens geführt haben. Dann könnte der Patient seinen Schaden selbst in eindeutigen Fallkonstellationen nicht vollständig liquidieren.¹²⁰⁵ Darüber hinaus lassen sich in der Gerichtspraxis – auch bei sachverständiger Beratung – nur schwer die Verursachungsbeiträge in genauen Prozentsätzen angeben.¹²⁰⁶ Daher würde die Proportionalhaftung auch zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit führen.

¹¹⁹⁷ Durch eine Vorverlegung des Verletzungserfolgs kann dem geringeren Beweismaß des § 287 ZPO – mitunter manipulativ – zur Geltung verholfen werden. Ähnlich *Spickhoff* in: *Karlsruher Forum* 2007, S. 7 (82).

¹¹⁹⁸ *Spickhoff*, *VersR* 2013, 267 (268).

¹¹⁹⁹ Hierzu und zum Folgenden *Katzmeier*, *MedR* 2011, 201 (207).

¹²⁰⁰ *MünchKomm/Pritting*, ZPO, § 286 Rn. 39; *Katzmeier*, *MedR* 2011, 201 (207).

¹²⁰¹ *Wessel*, Stellungnahme zum Patientenrechtegesetz im Gesundheitsausschuss vom 26.1.2011, Ausschussdrucksache 17(14)Zu0097(16), S. 3 ff., abrufbar unter: http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse17/a14/anhoeerungen/Archiv/e_Patientenrecht/Stellungnahmen/17_14_00_97_16_Zu.pdf <zuletzt abgerufen am 1.7.2014>; *Wagner*, *VersR* 2012, 789 (800); *MünchKomm/ders.*, BGB, § 823 Rn. 862; ausführlich zur Proportionalhaftung *Ehlgén*, *Probabilistische Proportionalhaftung und Haftung für den Verlust von Chancen*.

¹²⁰² Vgl. *MünchKomm/Pritting*, ZPO, § 286 Rn. 39; *Greger*, *Beweis und Wahrscheinlichkeit*, S. 109.

¹²⁰³ *MünchKomm/Wagner*, BGB, § 823 Rn. 862. Allgemein zur Frage der Haftung für verlorene (Heilungs-)Chancen: *Kozol* in: *FS für Stoll*, S. 233 (242 ff.); *Fleischer*, *JZ* 1999, 766 (771 f.).

¹²⁰⁴ Dazu *Katzmeier*, *MedR* 2011, 201 (207).

¹²⁰⁵ *Spindler*, *AcP* 208, 283 (330); *Taupitz* in: *FS für Canaris*, Bd. 1, S. 1231 (1236).

¹²⁰⁶ *G.Müller*, *VersR* 2006, 1289 (1296); *dies.*, *MedR* 2009, 309 (311) mit weiteren Argumenten gegen die Proportionalhaftung; siehe zudem *Spindler*, *AcP* 208, 283 (330).

Dass der Gesetzgeber weder dem Vorschlag zur Beweismaßreduktion noch zur probabilistischen Proportionalhaftung gefolgt ist, war richtig. Das bestehende beweisrechtliche Gefüge aus mehreren Beweiserleichterungen zu Gunsten des Patienten hat sich über Jahrzehnte bewährt.¹²⁰⁷ Die bezeichneten Vorschläge hätten, wie gezeigt, Probleme mit sich gebracht, denen der Gesetzgeber durch ein Festhalten am bisherigen arzthaftungsrechtlichen Beweissystem gut aus dem Weg gehen konnte.

3. Versicherungslösung und Entschädigungsfonds

Des Weiteren wurden Ideen vorgetragen, die eine Übernahme von Behandlungsschäden durch kollektive Entschädigungsmechanismen, wie eine Versicherung oder einen Härtefall- bzw. Entschädigungsfonds, vorsahen.¹²⁰⁸ Als Vorbild solcher Mechanismen hätten die in Österreich und Schweden implementierten Systeme dienen können.¹²⁰⁹ Schon seit längerem wurde auch für Deutschland eine sog. „Heilbehandlungsrisikoversicherung“¹²¹⁰ diskutiert. Bei dieser wäre die Arzthftung durch einen entsprechenden, vom Arzt zu tragenden¹²¹¹ Versicherungsschutz ersetzt oder ergänzt worden.¹²¹² Die Patienten hätten im Falle eines näher spezifizierten Behandlungsunfalls einen Direktanspruch gegen den Versicherer erhalten.¹²¹³ Dieser Anspruch hätte unabhängig vom Grund des schlechten Behandlungsverlaufs (ärztliches Fehlverhalten oder unvorhersehbare Komplikation) bestanden.¹²¹⁴

Ein anderer Vorschlag, der in der politischen Diskussion um das Patientenrechtegesetz deutlich stärkere Beachtung fand, sah die Einführung eines Entschä-

¹²⁰⁷ *Katzenmeier* (ZZP 117, 187 [216]) spricht hinsichtlich der von der Rechtsprechung entwickelten Beweisregeln von „hochentwickelten und feindifferenzierten Gerechtigkeitskriterien“.

¹²⁰⁸ Antrag der Bundestagsfraktion der SPD v. 3.3.2010, BT-Drs. 17/907, S. 6; Antrag der Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen v. 29.6.2011, BT-Drs. 17/6348, S. 7; siehe auch das Interview mit dem Patientenbeauftragten der Bundesregierung *Wolfgang Zöllner* (CSU) o.A., DÄ 2011, A 5.

¹²⁰⁹ Für Österreich siehe etwa die Regelungen in Niederösterreich: §§ 45b, 98 ff. NÖ Krankenanstaltsgesetz (LGBI. 9440-27). Zur Rechtslage in Schweden siehe *Montgomery/Brauer/Hübner/Seeböhm*, MedR 2013, 149 (152).

¹²¹⁰ Häufig auch unter dem Namen „Patientenversicherung“ besprochen, siehe zu einer solchen Versicherungslösung etwa *Radau*, Ersetzung der Arzthftung durch Versicherungsschutz, S. 233 ff.; *Weyers*, Gutachten A für den 52. DJT (1978), Bd. 1, A 1 (A 92 ff.); *Klingmüller*, VersR 1980, 694. Diese Versicherung darf nicht mit der ärztlichen Haftpflichtversicherung verwechselt werden, die ein zur Haftung führendes Fehlverhalten des Arztes voraussetzt, vgl. dazu *Katzenmeier*, MedR 2011, 201 (208).

¹²¹¹ Vgl. *Weyers*, Gutachten A für den 52. DJT (1978), Bd. 1, A 1 (A 106).

¹²¹² Für eine solche Ergänzung des Haftungsrechts etwa *Radau*, Ersetzung der Arzthftung durch Versicherungsschutz, S. 234.

¹²¹³ *Weyers*, Gutachten A für den 52. DJT (1978), Bd. 1, A 1 (A 92); *Radau*, Ersetzung der Arzthftung durch Versicherungsschutz, S. 234.

¹²¹⁴ Vgl. *Katzenmeier*, MedR 2011, 201 (208).

digungsfonds vor.¹²¹⁵ Ein Entschädigungsfonds hätte Härtefälle abfedern können, indem er schwer geschädigte Patienten oder solche, die nachhaltig in ihrer Lebensführung beeinträchtigt sind, finanziell unterstützt hätte, wenn keine Schadenersatzansprüche gegenüber den behandelnden Ärzten bestehen bzw. solche nicht durchgesetzt werden können.¹²¹⁶ Ob der Entschädigungsfonds lediglich subsidiär nach einem verlorenen Arzthaftungsprozess hätte eingreifen sollen oder ob der Fonds unter bestimmten Voraussetzungen bereits vor oder während des Prozesses Entschädigungsleistungen (ggf. mit der Pflicht zur Rückzahlung im Obsiegensfalle) hätte erbringen sollen, wurde nicht geklärt. Für letztere Ausgestaltung des Fonds hätte jedenfalls gesprochen, dass nur dadurch eine zügigere Schadensabwicklung und daher auch eine Unterstützung des Patienten bei der Geltendmachung seiner Ansprüche erreicht worden wäre.

Insgesamt hätten kollektive Entschädigungssysteme, wie die dargestellte Versicherungs- oder Fondslösung, durchaus einige Vorteile gegenüber dem bestehenden Arzthaftungsrecht gehabt. So hätten Streitigkeiten zwischen Ärzten und Patienten nicht mehr stets zwischen diesen ausgetragen werden müssen, sondern die entstandenen Schäden hätten zumindest teilweise über das kollektive Entschädigungssystem abgewickelt werden können.¹²¹⁷ Zudem hätten je nach Ausgestaltung des Entschädigungsmechanismus‘ langwierige Arzthaftungsprozesse vermieden werden können, was die Gerichte entlastet hätte.¹²¹⁸ Darüber hinaus hätte durch ein kollektives Entschädigungssystem auch das gerade aus Patientensicht bedauerliche Manko des kaum greifenden einstweiligen Rechtsschutzes abgemildert werden können.¹²¹⁹

Allerdings bestehen bezüglich solcher kollektiver Entschädigungsmechanismen nicht unerhebliche Bedenken. Zunächst ist die Finanzierung solcher Entschädigungssysteme problematisch.¹²²⁰ Die Kosten einseitig der Ärzteseite (wie bei der beschriebenen Versicherungslösung und bei der Fondslösung nach schwedi-

¹²¹⁵ Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Gesundheit zum Patientenrechtegesetz v. 28.11.2012, BT-Drs. 17/11710, S. 2 f., 19 f.; Antrag der Bundestagsfraktion der SPD v. 16.10.2012, BT-Drs. 17/11008, S. 1.

¹²¹⁶ Vgl. Eckpunktepapier der Gesundheitsminister der (damals) SPD-geführten Bundesländer „Patientenrechte in Deutschland“ vom 16.11.2011, S. 10, abrufbar unter: <http://www.hamburg.de/contentblob/3152232/data/bgv-patientenrechte-eckpunktepapier.pdf> <zuletzt abgerufen am 1.7.2014>.

¹²¹⁷ Vgl. Katzenmeier, VersR 2007, 137 (137); ders., MedR 2011, 201 (208).

¹²¹⁸ Barta in: Arzthaftung – „Patientenversicherung“ – Versicherungsschutz im Gesundheitssektor, S. 249 (258 f.); vgl. auch Eckpunktepapier der Gesundheitsminister der (damals) SPD-geführten Bundesländer „Patientenrechte in Deutschland“ vom 16.11.2011, S. 10, abrufbar unter: <http://www.hamburg.de/contentblob/3152232/data/bgv-patientenrechte-eckpunktepapier.pdf> <zuletzt abgerufen am 1.7.2014>.

¹²¹⁹ Spickhoff, NJW 2012, 1773 (1774).

¹²²⁰ Ausführlich dazu Katzenmeier, VersR 2007, 137 (142).

schem Vorbild)¹²²¹ oder der Patientenseite aufzubürden (wie bei der Fondslösung nach dem Beispiel Österreichs)¹²²², ist nicht ohne Weiteres überzeugend. Zudem ist zu bedenken, dass die Verwaltung des neuen Versicherungstyps bzw. des Fondsvermögens zusätzliche Kosten verursacht hätte.¹²²³ Darüber hinaus haben solche Entschädigungsmechanismen häufig Höchstgrenzen,¹²²⁴ sodass den Patienten in vielen Fällen nicht geholfen würde oder der volle Schadensersatz doch im gerichtlichen Verfahren zu erstreiten wäre. Ähnliches gilt in Bezug auf den Ersatz immaterieller Schäden. Entweder wird von den kollektiven Entschädigungsmechanismen gar kein Schmerzensgeld gezahlt oder dieses ist auf eine Maximalsumme beschränkt.

Das wohl entscheidende Argument gegen ein kollektives Entschädigungssystem ist aber, dass dadurch das verhaltenslenkende Element der Haftung beeinträchtigt würde. Die drohende Haftung soll sicherstellen, dass Ärzte die wichtigen Rechtsgüter Leben und Gesundheit des Patienten mit großer Sorgfalt behandeln (Schadensprävention als zentrale Funktion des Haftungsrechts).¹²²⁵ Gerade mit dieser Argumentation ist auch in anderen Bereichen des Haftungsrechts eine ersatzweise Einführung von Versicherungs- oder Fondslösungen abgelehnt worden.¹²²⁶ Beispielhaft sei hier das Arzneimittelhaftungsrecht genannt. Im Rahmen einer grundlegenden Reform dieses Rechtsgebiets im Jahr 1978 wurde im Referententwurf des Änderungsgesetzes eine Fondslösung vorgesehen. Im Ergebnis wurde eine solche aber zu Gunsten einer arzneimittelrechtlichen Gefährdungshaftung in den §§ 84 ff. AMG aufgegeben. Die auch in der weiteren Reformentwicklung des Arzneimittelhaftungsrechts wiederholt ins Spiel gebrachte Einführung einer Fondslösung wurde stets – eben mit Blick auf fehlende schadenspräventive Elemente – abgelehnt.

In Anbetracht der genannten Bedenken gegen eine Einführung einer Versicherungs- oder Fondslösung hat der Gesetzgeber gut daran getan, von einer solchen abzusehen.

¹²²¹ In Schweden wird der Fonds durch die Gesundheitsdienstleister finanziert, vgl. *Montgomery/Brauer/Hübner/Seeböhm*, MedR 2013, 149 (152).

¹²²² In Österreich müssen zur Finanzierung des Fonds ins Krankenhaus eingewiesene Patienten eine Abgabe von 0,73 € pro Tag leisten, vgl. *Montgomery/Brauer/Hübner/Seeböhm*, MedR 2013, 149 (152).

¹²²³ Vgl. dazu *Katzenmeier*, VersR 2007, 137 (142).

¹²²⁴ Nach schwedischer Fondslösung können Patienten nur eine Entschädigungshöchstsumme von etwa 4.000 € erhalten, vgl. *Montgomery/Brauer/Hübner/Seeböhm*, MedR 2013, 149 (152).

¹²²⁵ Siehe dazu *Katzenmeier*, MedR 2011, 201 (209); allgemein zur Schadensprävention als wichtige Aufgabe des Haftungsrechts *Deutsch*, Allgemeines Haftungsrecht, Rn. 18; *Frommhold*, Grenzen der Haftung, S. 67 ff.

¹²²⁶ Siehe *Wagner*, VersR 2001, 1334 (1347).

Kapitel 4

Gesamtbewertung und Ausblick

I. Bewertung des Gesetzes

Möchte man eine Gesamtbewertung des Patientenrechtegesetzes vornehmen, fällt zu allererst ins Auge, dass der Name dieses Gesetzes irreführend ist.¹²²⁷ Die §§ 630a ff. BGB enthalten nicht nur Rechte des Patienten, sondern auch Pflichten und Obliegenheiten desselben.¹²²⁸ Dogmatisch betrachtet stellt die Einführung der §§ 630a ff. BGB eine Kodifizierung des gesamten (vertraglichen) Arzthaftungsrechts im Rahmen eines neuen, dienstvertragsähnlichen Vertragstypus⁴ dar.¹²²⁹ Dabei bleibt die Bedeutung der Regelungen nicht auf das vertragliche Arzthaftungsrecht beschränkt, sondern schlägt in das Deliktsrecht durch. Die ungenaue Bezeichnung als Patientenrechtegesetz erklärt sich wohl daraus, dass sich Patientenrechte politisch besonders gut „verkaufen“ lassen.

Wendet man sich einer konkreten Beurteilung des Normtextes und der Gesetzesbegründung zu, ist positiv zu bewerten, dass es dem Gesetzgeber an einigen

¹²²⁷ Dies gilt zumindest insoweit, als man die gesetzliche Niederlegung der §§ 630a ff. BGB betrachtet. Ebenso *Wagner*, *VersR* 2012, 789 (802).

¹²²⁸ Siehe die Vergütungspflicht in § 630a Abs. 1 BGB und die Zusammenwirkensobliegenheit in § 630c Abs. 1 BGB.

¹²²⁹ So auch *Wagner*, *VersR* 2012, 789 (802).

Stellen gelungen ist, alte Streitfragen zu klären. Als Beispiel sei die dogmatische Einordnung des Verhältnisses zwischen Kassenpatient und Vertragsarzt genannt. Diese Beziehung ist nunmehr eindeutig als bürgerlich-rechtlicher Vertrag zu qualifizieren.¹²³⁰ Erfreulich ist ebenfalls, dass der Gesetzgeber keinen Übermaßforderungen nachgegeben hat, etwa nach einer Beweislastumkehr beim einfachen Behandlungsfehler. Regelungen, die die Ärzteseite derart einseitig belastet hätten, hätten die Gefahr einer Defensivmedizin heraufbeschworen, bei der Ärzte im therapeutischen Bereich zu wenig und im diagnostischen allzu viel unternommen hätten.¹²³¹ Darüber hinaus ist mit dem neuen Gesetz die Hoffnung verbunden, dass durch die „erhöhte Geltungsseriosität“ der Regelungen das Vollzugsdefizit verringert wird, welches in der Praxis, insbesondere im Bereich der ärztlichen Aufklärung, noch immer zu beobachten ist.¹²³²

Als negativ zu bewerten ist hingegen, dass der Gesetzgeber an einigen Stellen die Chance vertan hat, schon bislang bekannte Streitfragen zu klären. So befinden sich bei der Einwilligung Minderjähriger die beteiligten Ärzte, Patienten und gesetzlichen Vertreter weiterhin im Unklaren darüber, wer im konkreten Fall einwilligungsberechtigt ist.¹²³³ Die Klärung dieser und anderer Streitfragen hätte, wenn nicht im Rahmen des Gesetzestextes, so doch in der Gesetzesbegründung erfolgen können.

In noch stärkerem Maße ist das Gesetz allerdings insoweit zu kritisieren, als es selbst Unklarheiten verursacht. Dies gilt etwa für § 630h Abs. 3 BGB, dessen Wortlaut irreführend ist. Aus der gewählten Formulierung geht nicht eindeutig hervor, dass sich die Norm nicht nur auf Fälle der Nichtdokumentation, sondern auch auf Konstellationen der nicht ordnungsgemäßen Dokumentation bezieht.¹²³⁴ Neben dieser Norm sind dem Gesetzgeber glücklicherweise nur wenige weitere Vorschriften gänzlich misslungen. Dass es überhaupt solche gibt, ist allerdings sehr bedauerlich. Zu nennen ist die Regelung der therapeutischen Aufklärungspflicht (§ 630c Abs. 2 Satz 1 BGB), die in ihrem Wortlaut unglücklicherweise Elemente der Selbstbestimmungsaufklärung enthält.¹²³⁵ Ebenfalls verunglückt ist die Bestimmung zur Aufbewahrung der Patientenakte (§ 630f Abs. 3 BGB). Sie statuiert grundsätzlich eine Aufbewahrungsfrist von zehn Jahren. Durch den Hinweis auf „andere Aufbewahrungsfristen nach anderen Vorschriften“ fordert sie aber eine – für die Ärzteschaft so kaum erkennbare – 30-jährige Aufbewahrung der Behandlungsdokumentation.¹²³⁶

In diesem Zusammenhang ist erstaunlich, dass zumindest die beiden letztgenannten missglückten Bestimmungen zwei Regelungsbereiche betreffen, die weder

¹²³⁰ Kap. 3 I. 2. c).

¹²³¹ Vgl. dazu *Katzenmeier*, MedR 2011, 201 (205) m. w. N.

¹²³² *Hart*, MedR 2013, 159 (165).

¹²³³ Kap. 3 V. 2. a).

¹²³⁴ Kap. 3 IX. 3. a).

¹²³⁵ Kap. 3 IV. 2. a).

¹²³⁶ Kap. 3 VII. 5. a).

inhaltlich besonders komplex noch rechtspolitisch besonders umstritten sind. Dies macht das gesetzgeberische Misslingen umso unverständlicher.

Bemerkenswert ist weiterhin, wie sehr das Gesetz in seiner Detailtiefe variiert. Teilweise bemüht sich der Gesetzgeber, alle bekannten Fallgruppen der geregelten Rechtsfiguren im Gesetzestext abzubilden (§ 630e Abs. 1 BGB), an anderen Stellen wiederum lassen sich elementare Fragen, wie etwa die verschiedenen Krankenhausvertragstypen, nicht aus dem Gesetzestext ermitteln. Dabei ist allerdings eher die teils zu ausführliche Regelung von Einzelheiten zu kritisieren, als die Tatsache, dass der Gesetzestext nicht auf sämtliche Einzelfragen des Arzthaftungsrechts eingeht.¹²³⁷

Weiterhin fällt auf, dass einige ärztliche Pflichten keine Rechtsfolgen¹²³⁸ für den Fall eines Verstoßes enthalten (etwa die Fehleroffenbarungspflicht nach § 630c Abs. 2 Satz 2 BGB¹²³⁹ und die Erläuterungspflicht gem. § 630e Abs. 5 BGB). Dies sollte allerdings nicht vorschnell als negativ bewertet werden. Da die ärztliche Berufsausübung ohnehin sowohl in haftungs- als auch in strafrechtlicher Hinsicht „sanktionsnah“ ist,¹²⁴⁰ ist es richtig, dass das ärztliche Handeln nicht übereilt mit neuen schwerwiegenden Rechtsfolgen belastet wird. Vielmehr ist es zumindest im Grundsatz sinnvoll, zunächst auf den Appellcharakter der neuen Pflichten zu vertrauen und abzuwarten, wie sich die Umsetzung dieser in der Behandlungspraxis entwickelt. Bleiben die Pflichten von den Ärzten in zu großem Umfang unbeachtet, steht es dem Gesetzgeber oder möglicherweise auch der Rechtsprechung offen, noch nachträglich Sanktionen an die Pflichtverstöße zu knüpfen.

Im Ergebnis zeichnet sich daher bei einer Bewertung des Patientenrechtegesetzes weder ein eindeutig positives noch negatives Bild. Da der Gesetzgeber in weitem Umfang auf das bestehende, fein austarierte Arzthaftungsrecht zurückgegriffen hat, ist es wenig überraschend, dass er im Großen und Ganzen angemessene Regelungen geschaffen hat. Diese erreichen insgesamt einen sachgerechten Ausgleich der Interessen des Arztes und des Patienten, wie er vom zu Beginn der Arbeit zitierten Rechtssatz aus den Digesten gefordert wird. Grundsätzlich muss weder der Arzt befürchten, für Komplikationen in Anspruch genommen zu werden, die auf der Unwägbarkeit des menschlichen Organismus⁴ beruhen, noch besteht eine erhebliche Gefahr, dass Patienten berechnete Ansprüche nicht durch-

¹²³⁷ Zur dennoch wünschenswerten Regelung der Typen des Krankenhausvertrags siehe oben Kap. 3. II. 2. a) cc). Insgesamt für ein stärker prinzipienorientiertes Patientenrechtegesetz, *Hart*, *GesR* 2012, 385 (388).

¹²³⁸ Verstöße gegen diese Pflichten führen weder zu einem Schadensersatzanspruch des Patienten noch ziehen sie eine beweisrechtliche Sanktion (vergleichbar der Beweislastumkehr des § 630h Abs. 3 BGB bei Dokumentationspflichtverstößen) nach sich.

¹²³⁹ Zu den seltenen Fällen einer Schadensersatzverpflichtung aufgrund einer Verletzung des § 630c Abs. 2 S. 2 BGB siehe Kap. 3 IV. 3. d).

¹²⁴⁰ Diese Sanktionsnähe verleitet Ärzte gelegentlich zu der Aussage, sie befänden sich bei ihrer Berufsausübung „stets mit einem Bein im Knast“.

setzen können. Allzu stolz sollte der Gesetzgeber auf den geschaffenen Ausgleich allerdings nicht sein, ist dieser doch eigentlich ein Verdienst der Rechtsprechung und der Akteure der medizinrechtlichen Literatur.

Darüber hinaus hat der Rückgriff auf das Vorhandene auch dazu geführt, dass der Gesetzgeber vielfach keine eigenen rechtspolitischen Erwägungen angestellt hat. Er hat häufig unkritisch die Rechtsprechungsgrundsätze mit den ihnen zu Grunde liegenden Überlegungen übernommen. Diese gesetzgeberische Bequemlichkeit spiegelt sich auch darin wider, dass er es – wie bereits erwähnt – soweit wie möglich vermieden hat, zu Streitfragen des Arzthaftungsrechts Stellung zu beziehen. Daher stellt die Einführung der §§ 630a ff. BGB alles andere als ein legislatives Glanzstück dar. Ein gesetzgeberisches Fiasko ist in den Regelungen allerdings ebenfalls nicht zu erblicken.¹²⁴¹

II. Ausblick auf die Zukunft des Arzthaftungsrechts

Zuletzt soll der Blick auf die Zukunft des Arzthaftungsrechts gerichtet werden. Eine gewissermaßen formelle Aufgabe kommt in nächster Zeit auf die Ärzteschaft zu. Diese muss ihre (Muster-)Berufsordnung an die nun geltenden, teils abgeänderten zivilrechtlichen Vorgaben anpassen.¹²⁴² Diese Angleichung sollte allerdings keine größeren Schwierigkeiten bereiten und in Kürze abgeschlossen sein.

Ein deutlich wichtigerer Aspekt der zukünftigen Entwicklung des Arzthaftungsrechts ist die Frage, ob die neuen Regelungen der Dynamik dieses Rechtsgebiets gewachsen sind. Dies wird teilweise stark bezweifelt. So sieht *Wagner* die „Gefahr einer Petrifizierung des Arzthaftungsrechts“¹²⁴³ und *Katzenmeier* befürchtet eine „Festschreibung auf den status quo“, mit dem Risiko, dass das Gesetz nunmehr stets den Entwicklungen der Medizin „hinterher hinkt“.¹²⁴⁴ Diesen Bedenken hat der Gesetzgeber dadurch zu begegnen versucht, dass er der Rechtsprechung und Lehre an etlichen Stellen bewusst Spielräume für weitere Entwicklungen eingeräumt hat.¹²⁴⁵ So sind die ärztlichen Pflichten vielfach in ihrer inhaltlichen Reichweite offen gelassen worden.¹²⁴⁶ Dies gibt der Rechtsprechung und

¹²⁴¹ Ähnlich *Spickhoff*, *VersR* 2013, 267 (282); *Katzenmeier*, *MedR* 2012, 576 (583): „Das neue Gesetz muss sich nicht weiter störend bemerkbar machen.“; insgesamt vom Patientenrechtgesetz enttäuscht auch: *Hart*, *GesR* 2012, 385 (387); *Wagner*, *VersR* 2012, 789 (802); deutlich positiver die Einschätzung bei *Reuter/Hahn*, *VuR* 2012, 247 (258 f.).

¹²⁴² Beispielsweise sind die in § 10 Abs. 2 Satz 1 Hs. 2 MBO-Ä enthaltenen Ausführungen zur Nichtoffenlegung von Dokumentationsinhalten, die subjektive Eindrücke des Behandlenden enthalten, nicht mehr uneingeschränkt mit der geltenden Rechtslage vereinbar. Allgemein zur Anpassung des ärztlichen Berufsrechts *Montgomery/Brauer/Hübner/Seeböhm*, *MedR* 2013, 149 (150).

¹²⁴³ *Wagner*, *VersR* 2012, 789 (802).

¹²⁴⁴ *Katzenmeier*, *NJW* 2013, 817 (823); *ders.*, *MedR* 2012, 576 (578).

¹²⁴⁵ Ausdrücklich BT-Drs. 17/10488, S. 9.

¹²⁴⁶ Der Gesetzestext verwendet bei der Beschreibung der ärztlichen Pflichten bewusst mehrfach die Formulierung „insbesondere“.

Lehre die Möglichkeit, neue Aspekte, beispielsweise solche der Dokumentations- oder Aufklärungspflicht, zu entwickeln.

Nicht zu verhehlen ist jedoch, dass die Entwicklung des Arzthaftungsrechts durch die Einführung der §§ 630a ff. BGB zumindest gebremst werden wird. Denn die Hemmschwelle neues Richterrecht zu schaffen, ist für den an die Gewaltenteilung gebundenen Richter deutlich erhöht, wenn gerade erst eine Kodifikation im jeweiligen Bereich stattgefunden hat.¹²⁴⁷ Eine solche Verlangsamung der Entwicklung des Arzthaftungsrechts ist allerdings solange hinnehmbar, wie ein gänzlicher Stillstand vermieden wird. Dass eine gebremste Fortentwicklung dem Arzthaftungsrecht nicht schaden muss, zeigt sich daran, dass der rasante Fortschritt, wie er noch in den 1970er/80er Jahren zu beobachten war,¹²⁴⁸ bis zum Erlass des Patientenrechtegesetzes bereits deutlich an Fahrt verloren hatte.¹²⁴⁹ Dies hat das Niveau der Regelungen des Rechtsgebiets nicht beeinträchtigt. Darüber hinaus wird auch die Ärzteschaft, die ohnehin eine starke Belastung durch die bereits bestehenden Pflichten beklagt, einer solchen verlangsamten Entwicklung positiv gegenüberstehen.

Sorgen bereiten allerdings die Entwicklungsmöglichkeiten in den Bereichen, in denen der Gesetzgeber abschließende Regelungen geschaffen hat. Dies betrifft vor allem die arzthaftungsrechtlichen Beweisregeln (§ 630h BGB). Sollte ein Bedürfnis nach gänzlich neuen Beweisregeln entstehen, wird es für die Rechtsprechung nun methodisch deutlich schwieriger, rechtschöpfend tätig zu werden. Ein Ausweichen auf das Deliktsrecht als „Neuerungsrecht“ muss aber, wie erwähnt,¹²⁵⁰ unterbleiben, weil sonst der Gleichlauf von vertraglicher und deliktischer Arzthaftung auf dem Spiel stünde. Es bleibt abzuwarten, ob und wie Rechtsprechung und Lehre dieser Aufgabe gerecht werden. Aussichtslos erscheint die Schaffung neuer Rechtsprechungsregeln allerdings nicht, hat doch die Judikatur gerade im Arzthaftungsrecht die erkannten Probleme stets kreativ zu lösen gewusst.

¹²⁴⁷ Dazu allgemein Westermann, ZRP 1983, 249 (257); vgl. mit Bezug zum Patientenrechtegesetz Katzenmeier, MedR 3023, 576 (578).

¹²⁴⁸ Siehe dazu die geschichtlichen Ausführungen des ersten Kapitels der Arbeit.

¹²⁴⁹ Die letzte nennenswerte Neuerung des Arzthaftungsrechts war die Beweisregel beim einfachen Befunderhebungsfehler, die ihre heutige Form vor 18 Jahren erhalten hat.

¹²⁵⁰ Kap. 3 X. 2.

Literaturverzeichnis

- Achilles, Alexander/Gebhard, Albert/Spahn, Peter*: Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Band 2 (Recht der Schuldverhältnisse), Berlin 1898
- Ackerknecht, Erwin*: Geschichte der Medizin, 6. Auflage, Stuttgart 1989
- Baden, Eberhard*: „Wirtschaftliche Aufklärungspflichten“ in der Medizin – Tendenzwende in der Rechtsprechung zu Hinweis- und Beratungspflichten im Kostenbereich?, NJW 1988, 746
- Baeyer, Walter von*: Wie weit muss der Kranke über das Risiko ärztlicher Eingriffe (Elektroschockbehandlung) unterrichtet werden? – Stellungnahme zu einer neuen Entscheidung des Bundesgerichts, Med. Klinik 50 (1955), 169
- Bamberger, Heinz-Georg/Roth, Herbert*: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1 (§§ 1 – 610 BGB), 3. Auflage, München 2012; Band 2 (§§ 611 – 1296 BGB), 3. Auflage, München 2012
- Barnikel, Wilhelm*: Zur ärztlichen Aufklärungspflicht bei „kosmetischen Operationen“ und deren Rechtsnatur, VersR 1989, 236
- Barta, Heinz*: Überlegungen zum Medizinhaftungsrecht, in: Köhler/v.Maydell (Hrsg.), Arzthaftung – „Patientenversicherung“ – Versicherungsschutz im Gesundheitssektor, Baden-Baden 1997, S. 249
- Bartens, Werner*: Auf Kosten der Patienten, Frankfurt am Main 2008
- Bartlakowski, Katja*: Die ärztliche Behandlungsdokumentation, Frankfurt am Main 2003
- Bartmann, Franz-Joseph*: Die Weiterbildung dient nicht der Profilierung einer Fachdisziplin, S.-H. Ärzteblatt 2013/5, 20
- Baumgärtel, Gottfried*: Beweislastpraxis im Privatrecht, Köln 1996
- Becker, Ulrich/Kingreen, Thorsten*: SGB V – Gesetzliche Krankenversicherung – Kommentar, 3. Auflage, München 2012
- Becker-Schaffner, Reinhard*: Haftungsbeschränkungen im Dienstverhältnis der selbständig Tätigen?, VersR 1971, 195
- Bender, Albrecht*: Das Verhältnis von ärztlicher Schweigepflicht und Informationsanspruch bei der Behandlung Minderjähriger, MedR 1997, 7
- ders.*: Der Umfang der ärztlichen Dokumentationspflicht – Ein weiterer Schritt der Verrechtlichung, VersR 1997, 918
- ders.*: Zeugen Jehovas und Bluttransfusionen, MedR 1999, 260
- Bepfel, Antje*: Ärztliche Aufklärung in der Rechtsprechung, Göttingen 2007

- Berg-Winters, Ina*: Der Anscheinsbeweis im Arzthaftungsprozess, Frankfurt am Main 2005
- Bever, Clemens*: Nochmals: Herausgabe von Krankenblättern durch den Arzt, JR 1956, 11
- Billen, Gerd*: Patientenrechtegesetz nutzt Ärzten und Patienten, Die BKK 2009, 71
- Bismarck, Otto Fürst v.*: Gedanken und Erinnerungen, 2. Band, Stuttgart 1898
- Bittner, Volker*: Die virtuelle Patientenakte – Eine Untersuchung über den Beweiswert der elektronischen Dokumentation des Arztes im Zivilprozess, Gießen 2001
- Bleiler, Lisa-Maria*: Strafbarkeitsrisiken des Arztes bei religiös motiviertem Behandlungsveto, Berlin 2010
- Bogan, Aaron*: Das neue Patientenrechtegesetz – Teil 3: Dokumentationspflicht, Nds. Äbl. 2013/4, 22
- Bork, Reinhard*: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 3. Auflage, Tübingen 2011
- ders./Stehle, Wolfgang*: Elektronische Dokumentation – Beweiskraft vor Gericht, DÄ 2002, A 3164
- Braun, Bernard/Marstedt, Gerd*: Gesundheitspolitik auf dem Prüfstand, in: Böcken/Braun/Landmann (Hrsg.), Gesundheitsmonitor 2010 – Bürgerorientierung im Gesundheitswesen, Gütersloh 2010, S. 119
- Brox, Hans/Walker, Wolf-Dietrich*: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 37. Auflage, Köln 2013
- Brüggeleier, Gert*: Haftungsrecht – Struktur, Prinzipien, Schutzbereich, Berlin 2006
- Bundesärztekammer/Kassenärztliche Bundesvereinigung*: Empfehlungen zur ärztlichen Schweigepflicht, Datenschutz und Datenverarbeitung in der Arztpraxis, DÄ 2008, A 1026
- Bundesministerium der Justiz*, Bericht der Kommission für das Zivilprozessrecht, Bonn 1977
- Bundesministerium der Justiz und Bundesministerium für Gesundheit*: Referentenentwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten, abrufbar unter: http://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/Gesetze/RefE_Gesetz_zur_Verbesserung_der_Rechte_von_Patientinnen_und_Patienten.pdf?__blob=publicationFile <zuletzt abgerufen am 1.7.2014>, zitiert: Referentenentwurf zum Patientenrechtegesetz
- Busnelli, Francesco/Giardina, Francesca/Ponzanelli, Giulio*: Die Haftung des Dienstleistenden in dem Richtlinienentwurf der Europäischen Gemeinschaft vom 9.11.1990 und im italienischen Recht, in: Deutsch/Taupitz (Hrsg.), Haftung der Dienstleistungsberufe, Heidelberg 1993, S. 61

- Büttner, Hermann*: Die deliktische Einordnung der ärztlichen Eingriffsaufklärung – ein juristischer Behandlungsfehler, in: Brandtner/Hagen/Stürmer (Hrsg.), Festschrift für Karlmann Geiß, Köln 2000, S. 353
- Bydlinski, Franz*: Hauptpositionen zum Richterrecht, JZ 1985, 149
- ders.*: Zur Haftung der Dienstleistungsberufe in Österreich und nach dem EG-Richtlinienvorschlag, JBl. 1992, 347
- ders.*: Grundzüge der juristischen Methodenlehre, Wien 2005
- Carstensen, Gert*: Das ärztliche und juristische Ermessen als Grundlage chirurgischen Handelns, Der Chirurg 1980, 414
- ders.*: Vom Heilversuch zum medizinischen Standard, DÄ 1989, B 1736
- Coester-Waltjen, Dagmar*: Reichweite und Grenzen der Privatautonomie von Jungen und Alten – Ein Vergleich, MedR 2012, 553
- Damm, Reinhard*: Persönlichkeitsschutz und medizintechnische Entwicklung, JZ 1998, 926
- Damm, Matthias*: Ärztliche Fehleroffenbarung – Strafrechtliche Strategien für post-invasive Arzt-Patientengespräche, MedR 2007, 638
- Dauner-Lieb, Barbara*: Kodifikation von Richterrecht, in: Ernst/Zimmermann (Hrsg.), Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, Tübingen 2001, S. 305
- Dautert, Ilse*: Haftung für fehlerhafte Behandlungsdokumentation, in: Arbeitsgemeinschaft Rechtsanwälte im Medizinrecht e.V. (Hrsg.), Dokumentation und Leitlinienkonkurrenz, Berlin 2007, S. 15
- Debong, Bernhard*: Lockerung des Haftungsmaßstabs in Notfallsituationen, ArztR 2003, 288
- Deutsch, Erwin*: Schutzbereich und Tatbestand des unerlaubten Heileingriffs im Zivilrecht, NJW 1965, 1985
- ders.*: Der Zeitpunkt der ärztlichen Aufklärung und die antezipierte Einwilligung des Patienten, NJW 1979, 1905
- ders.*: Das therapeutische Privileg des Arztes: Nichtaufklärung zuungunsten des Patienten, NJW 1980, 1305
- ders.*: Theorie der Aufklärungspflicht des Arztes, VersR 1981, 293
- ders.*: Arztrecht und Arzneimittelrecht, Berlin 1983
- ders.*: Haftungsfreistellung von Arzt oder Klinik und Verzicht auf Aufklärung durch Unterschrift des Patienten, NJW 1983, 1351
- ders.*: Aspekte für ein europäisches Haftungsrecht – Versuch einer kritischen, dogmatischen Bestandsaufnahme, in: Klingmüller (Hrsg.), Karlsruher Forum 1992, Karlsruhe 1992, S. 4
- ders.*: Das Persönlichkeitsrecht des Patienten, AcP 192 (1992), 161
- ders.*: Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt, 2. Auflage, Köln 1995

- ders.*: Allgemeines Haftungsrecht, 2. Auflage, Köln 1996
- ders.*: Haftungserhebliche Standards, JZ 1997, 1030
- ders.*: Die Beweiskraft der EDV-Dokumentation bei zahnärztlicher Behandlung, MedR 1998, 206
- ders.*: Die Medizinhaftung nach den neuen Schuldrecht und dem neuen Schadensrecht, JZ 2002, 588
- ders.*: Deutsche Sonderwege zur Arzthaftung, NJW 2012, 2009
- ders.*: Die Aufklärung über seltene Risiken, VersR 2013, 691
- ders./Geiger, Michael*: Der medizinische Behandlungsvertrag, in: Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Köln 1982, S. 1049
- ders./Matthies, Karl-Heinz*: Arzthaftungsrecht – Grundlagen, Rechtsprechung, Gutachter- und Schlichtungsstellen, 2. Auflage, Köln 1987
- ders./Spickhoff, Andreas*: Medizinrecht, 7. Auflage, Berlin 2014
- Deutscher Hebammenverband e.V.: Schwangerenvorsorge durch Hebammen, 2. Auflage, Stuttgart 2010
- ders.*: Praxishandbuch für Hebammen: Erfolgreich freiberuflich arbeiten, Stuttgart 2011
- Diederichsen, Angela*: Aspekte des Selbstbestimmungsrechts Minderjähriger bei medizinischer Behandlung, in: G.Müller/Osterloh/Stein (Hrsg.), Festschrift für Günter Hirsch, München 2008, S. 355
- Diefenbacher, Matthias*: Praxisratgeber Recht für Hebammen, Stuttgart 2004
- Dopheide, Oliver*: Der grobe Behandlungsfehler – eine Beweisverteilung nach Kollektiven?, VersR 2007, 1050
- Durner, Wolfgang*: Verfassungsrechtliche Grundlagen und Grenzen des Richterrechts, JA 2008, 7
- Ebenroth, Carsten/Boujong, Karlheinz/Joost, Detlev/Strohn, Lutz*: Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band 1 (§§ 1 – 342e HGB), 2. Auflage, München 2008
- Eberbach, Wolfram*: Die Verbesserung des Menschen, MedR 2008, 325
- ders.*: Möglichkeiten der rechtlichen Beurteilung der Verbesserung des Menschen, in: Wienke/Eberbach/Kramer/Janke (Hrsg.), Die Verbesserung des Menschen, Berlin 2009, S. 17
- Eberhardt, Lothar*: Die zivilrechtliche Haftung des Heilpraktikers, VersR 1986, 110
- Ebermayer, Ludwig*: Der Arzt im Recht, Leipzig 1930
- Eckart, Wolfgang*: Geschichte der Medizin, 6. Auflage, Berlin 2009
- Eblers, Alexander*: Die ärztliche Aufklärung vor medizinischen Eingriffen, Köln 1987

- ders.*: Medizin in den Händen von Heilpraktikern – „Nicht-Heilkundigen“, Berlin 1995
- ders./Borglie, Maximilian*: Arzthaftungsrecht, 4. Auflage, München 2008
- Ehlgren, Christopher*: Probabilistische Proportionalhaftung und Haftung für den Verlust von Chancen, Tübingen 2013
- Enneccerus, Ludwig/Kipp, Theodor/Wolff, Martin*: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Band 1, Teil 2, 10. Bearbeitung, Marburg 1927
- Epping, Volker/Hillgruber, Christian*: Kommentar zum Grundgesetz, München 2009
- Erman, Walter*: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Auflage, Köln 2011
- Esser, Josef*: Richterrecht, Gerichtsgebrauch und Gewohnheitsrecht, in: *ders./Thieme* (Hrsg.), Festschrift für Fritz von Hippel, Tübingen 1967, S. 95
- Fikentscher, Wolfgang/Heinemann, Andreas*: *Schuldrecht*, 10. Auflage, Berlin 2006
- Fischer, Gerfried*: Anmerkung zu BGH, Urt. v. 10.03.1981, Az. VI ZR 202/79, JR 1981, 501
- ders./Kluth, Hans/Lilie, Hans*: Rechtsgutachten „Ansätze für eine Stärkung der Patientenrechte im deutschen Recht – Bestandsaufnahme und Handlungsperspektiven“, abrufbar unter: http://webarchiv.bundestag.de/archive/2007/0206/parlament/gremien/kommissionen/archiv14/medi/medi_gut_fis.pdf <zuletzt abgerufen am 1.10.2013>, zitiert: *Fischer/Kluth/Lilie*, Rechtsgutachten „Ansätze für eine Stärkung der Patientenrechte“
- Fischer, Thomas*: Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 61. Auflage, München 2014
- Fleischer, Holger*: Schadensersatz für verlorene Chancen im Vertrags- und Deliktsrecht, JZ 1999, 766
- Flügge, Gottfried*: Das Recht des Arztes, Berlin 1903
- Frahm, Wolfgang/Nixdorf, Wolfgang/Walter, Alexander*: Arzthaftungsrecht, 4. Auflage, Karlsruhe 2009
- Francke, Robert/Hart, Dieter*: Ärztliche Verantwortung und Patienteninformation, Stuttgart 1987
- dies.*: Charta der Patientenrechte, Baden-Baden 1999
- Franz, Kurt*: Naturheilmittel und Recht, Köln 1992
- Franzke, Dietmar*: Die Beweisregeln im Arzthaftungsprozess, Berlin 1982
- Franzke, Harald*: Von der Verantwortung des Richters für die Medizin – Entwicklungen und Fehlentwicklungen der Rechtsprechung zur Arzthaftung, MedR 1994, 171
- ders.*: Die Zusammenarbeit von Arzt und Hebamme bei der Geburtshilfe, in: *Berg/Ulsenheimer* (Hrsg.), Patientensicherheit, Arzthaftung, Praxis- und Krankenhausorganisation, Berlin 2006, S. 125
- ders./Franzke, Dietmar*: Waffengleichheit im Arzthaftungsprozess, NJW 1975, 2225

- ders./Hansen, Britta*: Der Belegarzt – Stellung und Haftung im Verhältnis zum Krankenhaussträger, NJW 1990, 737
- Freie Hansestadt Bremen, Abteilung Gesundheitswesen (Hrsg.)*: Patientenrechte in Deutschland heute, Bremen 1999
- Fröblich, Daniela*: Die Beweisvereitelung im Zivilprozess, Würzburg 2008
- Frommhold, Uwe*: Grenzen der Haftung, Frankfurt am Main 2006
- Frühauf, Matthias*: Zur Legitimation von Gewohnheitsrecht im Zivilrecht, Berlin 2006
- Fündling, Caroline/Rathgeber, Christian*: Ärztliche Fehleroffenbarung im Spannungsfeld zwischen Zivil- und Strafrecht, ZGMR 2012, 88
- Gaßner, Maximilian/Strömer, Jens*: Die Arzthaftung bei der Behandlung gesetzlich krankenversicherter Patienten, MedR 2012, 159
- Geiger, Michael*: Gesetzliche Regelung des medizinischen Behandlungsvertrages, Darmstadt 1989
- Geiß, Karlmann/Greiner, Hans-Peter*: Arzthaftpflichtrecht, 7. Auflage, München 2014
- Gehrlein, Markus*: Grundriss der Arzthaftpflicht, 2. Auflage, München 2006
- Gerecke, Martin*: Non-Compliance und groben Behandlungsfehler, MedR 2010, 689
- Gierke, Otto von*: Deutsches Privatrecht, Band 3 (Schuldrecht), München 1917
- Giesen, Dieter*: Arzthaftungsrecht im Umbruch (III), JZ 1982, 448
- ders.*: Wandlungen im Arzthaftungsrecht, JZ 1990, 1053
- ders.*: Zur Annäherung von Arzthaftung und Dienstleistungshaftung in Deutschland und Europa, JR 1991, 485
- ders.*: Arzthaftungsrecht, Tübingen 1995
- Gitter, Wolfgang/Köhler, Gabriele*: Der Grundsatz der persönlichen ärztlichen Leistungspflicht, Berlin 1989
- Göben, Jens*: Das Mitverschulden des Patienten im Arzthaftungsrecht, Frankfurt am Main 1998
- Gottwald, Peter*: Sonderregeln der Beweislastverteilung, Jura 1980, 303
- Graf, Jürgen Peter*: Strafprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, München 2010
- Greger, Reinhard*: Beweis und Wahrscheinlichkeit – Das Beweiskriterium im Allgemeinen und bei den sogenannten Beweiserleichterungen, Köln 1978
- Groß, Werner*: Die Entwicklung der höchstrichterlichen Rechtsprechung im Haftungs- und Schadensrecht, VersR 1996, 657
- Gründel, Mirko*: Psychotherapeutisches Haftungsrecht, Berlin 2000
- ders.*: Einwilligung und Aufklärung bei psychotherapeutischen Behandlungsmaßnahmen, NJW 2002, 2987

- Gubernatis, Gabriele*: Zur Offenbarungspflicht bei ärztlicher Fehlbehandlung, JZ 1982, 363
- Hagemeyer, Fritz*: Die Ansprüche des Arztes, Wuppertal 1933
- Hainmüller, Dietmar*: Der Anscheinsbeweis und die Fahrlässigkeitstat im heutigen deutschen Schadensersatzprozess, Tübingen 1966
- Hanau, Peter*: Die Kausalität der Pflichtwidrigkeit, Göttingen 1971
- ders.*: Arzt und Patient – Partner oder Gegner, in: Prütting (Hrsg.), Festschrift für Gottfried Baumgärtel, Köln 1990, S. 121
- Hänlein, Andreas*: Möglichkeiten der Weiterentwicklung der zivilrechtlichen Arzthaftung, ArztR 2001, 315
- Hansis, Martin/Hart, Dieter*: Gesundheitsberichtserstattung des Bundes 04/01 – Medizinische Behandlungsfehler, Berlin 2001
- Harder, Yvonne von*: Die Beweisfigur des Befunderhebungs- und Befundsicherungsfehlers im Arzthaftungsprozess, Regensburg 2009
- Hart, Dieter*: Ein Patientenrechtegesetz ohne Eigenschaften – Über den Mangel an legislativer Eigenständigkeit, GesR 2012, 385
- ders.*: Patientensicherheit nach dem Patientenrechtegesetz, MedR 2013, 159
- Hassner, Florian*: Ärztliche Selbstbestimmungsaufklärung und zivilrechtliche Haftung, VersR 2013, 23
- Hauelsen, Fritz*: Die Rechtsgrundlage der Beziehungen zwischen Kassenarzt und Kassenpatient, NJW 1956, 1745
- Hausch, Axel*: Beweisprobleme bei der therapeutischen Aufklärung, VersR 2007, 167
- ders.*: Das Verschuldenserfordernis bei der Verletzung der ärztlichen Aufklärungspflicht, VersR 2009, 1178
- Hefke, August*: Der Arzt im römischen und heutigen Recht, Archiv für praktische Rechtswissenschaften 14 (1885), 1
- Heintzen, Markus/Lilie, Hans*: Patientenakten und Rechnungshofkontrolle, NJW 1997, 1601
- Helbron, Hanja*: Entwicklungen und Fehlentwicklungen im Arzthaftungsrecht, München 2001
- Hellwig, Konrad*: Die Stellung des Arztes im bürgerlichen Rechtsleben, Leipzig 1905
- Henrichs, Joachim/Kleindiek, Detlef/Watrin, Christoph*: Münchener Kommentar zum Bilanzrecht, Band 2 (§§ 238 – 342e HGB), München 2012
- Hergenröder, Curt Wolfgang*: Zivilprozessuale Grundlagen richterrechtlicher Rechtsfortbildung, Tübingen 1995
- Herzog, Roman*: Gesetzgebung und Einzelfallgerechtigkeit, NJW 1999, 25
- Heuser, Martin*: Versprechen, Verschulden und Pflichtverletzung (§ 280 BGB), Jura 2012, 663

- Hiersche, Frank*: Die rechtliche Position der Hebamme bei der Geburt, Frankfurt am Main 2003
- Hinz, Peter*: Das Behandlungsverhältnis zwischen Vertragsarzt und Patient in der gesetzlichen Krankenversicherung, Sankt Augustin 2004
- Hoffmans, Helmut*: Nachwirkende Nebenpflichten von Schuldverhältnissen, Köln 1986
- Höbne, Focke/Pöhl, Henrich/Samelin, Kai*: Rechtsfolgen editierbarer Signaturen, DuD 2012, 485
- Honsell, Heinrich*: Römisches Recht, 7. Auflage, Berlin 2010
- Hoppe, Jörg-Dietrich*: Recht und Medizin – Herausforderungen für den Berufsstand, MedR 2011, 216
- Hüter-Becker, Antje/Dölken, Mechthild*: Beruf, Recht, wissenschaftliches Arbeiten, Stuttgart 2004
- IGES Institut GmbH/Katzenmeier, Christian*: Untersuchungen zum Informationsangebot zu Individuellen Gesundheitsleistungen (IGeL) – Studie im Auftrag der Bundesanstalt für Landwirtschaft und Ernährung vom 07.11.2012, abrufbar unter: http://www.bmelv.de/SharedDocs/Downloads/Verbraucherschutz/StudieIGeL.pdf?__blob=publicationFile <zuletzt abgerufen am 1.7.2014>
zitiert: *IGES/Katzenmeier*, Untersuchungen zum Informationsangebot zu Individuellen Gesundheitsleistungen
- Isele, Hellmut Georg*: Grundsätzliches zur Haftpflicht des Arztes, in: Mergen (Hrsg.), Die juristische Problematik in der Medizin, Band 3, München 1971, S. 11
- Isensee, Josef*: Das Recht des Kassenarztes auf angemessene Vergütung, VSSR 1995, 321
- Jaeger, Lothar*: Patientenrechtegesetz – Kommentar zu den §§ 630a bis 630h BGB, Karlsruhe 2013
- Jauernig, Othmar*: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 15. Auflage, München 2014
- Jung, Eberhard*: Das Recht auf Gesundheit, München 1982
- Kahl, Wilhelm*: Der Arzt im Recht, JW 1930, 1545
- Kalis, Bernhard*: Der ständige Streit um den ständigen ärztlichen Vertreter, VersR 2002, 23
- Katzenmeier, Christian*: Arzthaftung, Tübingen 2002
- ders.*: Schuldrechtsmodernisierung und Schadensersatzrechtsänderung – Umbruch in der Arzthaftung, VersR 2002, 1066
- ders.*: Anmerkung zu BGH, Urt. v. 08.04.2003, Az. VI ZR 265/02, MedR 2003, 631
- ders.*: Beweismaßreduzierung und probabilistische Proportionalhaftung, ZZP 117, 187

- ders.*: „Heilbehandlungsrisikoversicherung“ – Ersetzung der Arzthaftung durch Versicherungsschutz?, *VersR* 2007, 137
- ders.*: Arzthaftpflicht in der Krise – Entwicklung, Perspektiven, Alternativen, *MedR* 2011, 201
- ders.*: Kodifizierung ohne Zugewinn, *DÄ* 2011, A 1885
- ders.*: Patientenrechtegesetz – Risiken und Nebenwirkungen, *NJW-Editorial Heft* 6/2012
- ders.*: Das Patientenrechtegesetz auf dem Prüfstand, *SGb* 2012, 125
- ders.*: Die Rahmenbedingungen der Patientenautonomie, *MedR* 2012, 576
- ders.*: Der Behandlungsvertrag – Neuer Vertragstypus im BGB, *NJW* 2013, 817
- Kern, Bernd-Rüdiger*: Fremdbestimmung bei der Einwilligung in ärztliche Eingriffe, *NJW* 1994, 753
- ders.*: Anmerkung zu BGH, Urt. v. 8.4.2003, Az. VI ZR 265/02, *LMK* 2003, 219
- ders.*: Anmerkung zu BGH, Urt. v. 10.10.2006, Az. VI ZR 74/05, *LMK* 2007, 220412
- ders./Richter, Isabell*: Haftung für den Erfolgseintritt? – Die garantierte ärztliche Leistung, in: *Wienke/Eberbach/Kramer/Janke* (Hrsg.), *Die Verbesserung des Menschen*, Berlin 2009, S. 129
- Kerschbaum, Alfred*: Die Waffengleichheit im Arzthaftungsprozeß, Regensburg 2000
- Kilian, Matthias*: Alternative Konfliktbeilegung in Arzthaftungsstreitigkeiten, *VersR* 2000, 942
- Killinger, Elmar*: Die Besonderheiten der Arzthaftung im medizinischen Notfall, Berlin 2009
- Kim, Min-Joong*: Aufklärungspflicht im Arztrecht, Göttingen 1989
- Klein, Franz*: Abgabenordnung – Kommentar, 12. Auflage, München 2014
- Kleuser, Michael*: Die Fehleroffenbarungspflicht des Arztes, Karlsruhe 1995
- Klingelhöffer, Hans*: Tabellen und Leitlinien zum Unterhaltsrecht, *ZRP* 1994, 383
- Klingmüller, Ernst*: Zu den Plänen einer neuartigen Patientenversicherung nach schwedischem Muster in der Bundesrepublik Deutschland, *VersR* 1980, 694
- Kloepfer, Michael*: Arbeitsgesetzgebung und Wesentlichkeitstheorie – Zur Verfassungspflicht einer Gesetzgebung insbesondere im Arbeitskämpfrecht, *NJW* 1985, 2497
- Kniessel, Barbara*: Rechtsprobleme beim Bruch des psychotherapeutischen Abstinenzgebotes, Berlin 1997
- Kobler, Josef*: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Band 2, Teil 1, Berlin 1906
- Kollbrunner, Albert*: Die rechtliche Stellung des Arztes, Zürich 1903
- Kothe, Wolfhard*: Die rechtfertigende Einwilligung, *AcP* 185 (1985), 105

- Kötz, Heim*: Empfiehlt sich die von der Schuldrechtskommission vorgeschlagene Neuregelung des allgemeinen Leistungsstörungenrechts, der Mängelhaftung bei Kauf- und Werkvertrag und des Rechts der Verjährung?, Referat für den 60. Deutschen Juristentag (1994), Band II/1, K 9
- Kozjol, Helmut*: Verschuldensunabhängige Ersatzansprüche bei Behandlungsfehlern, RdM 1994, 3
- ders.*: Schadensersatz für den Verlust einer Chance, in: Holloch/Frank/Schlechtriem (Hrsg.), Festschrift für Hans Stoll, Tübingen 2001, S. 233
- Kramer, Wolfgang*: Die formularmäßige Spaltung des Krankenhausvertrages: ein Verstoß gegen das AGB-Gesetz, NJW 1996, 2398
- Kreuz, Harald*: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Arbeitskampfrecht, Berlin 1988
- Kreße, Bernhard*: Ärztliche Behandlungsfehler durch wirtschaftlich motiviertes Unterlassen, MedR 2007, 393
- Krieger, Susanne*: Rechtskunde für Heilpraktiker, 2. Auflage, Stuttgart 2008
- Kriele, Martin*: Theorie der Rechtsgewinnung, 2. Auflage, Berlin 1976
- Kroitzsch, Hermann*: Zur Haftung bei Gesundheits- und Vermögensschäden durch psychotherapeutische Behandlung, VersR 1978, 396
- Krüger, Wolfgang/Rauscher, Thomas*: Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 1 (§§ 1 – 354 ZPO), 4. Auflage, München 2013
- Kubella, Katrin*: Patientenrechtegesetz, Berlin 2011
- Kuhlendahl, Hans*: Die ärztliche Aufklärungspflicht oder der kalte Krieg zwischen Juristen und Ärzten, DÄ 1975, 1984
- ders.*: Ärztlicher Entscheidungsspielraum – Handlungszwänge, in: Kaufmann/Bemmann/u.a. (Hrsg.), Festschrift für Paul Bockelmann, München 1979, S. 465
- Kullmann, Hans Josef*: Schadensersatzpflicht bei Verletzung der ärztlichen Aufklärungspflicht bzw. des Selbstbestimmungsrechts des Patienten ohne Entstehung eines Eingriffsschadens, VersR 1999, 1190
- Kutlu, Aygün*: AGB-Kontrolle bei stationärer Krankenhausaufnahme, Berlin 2006
- Lange, Heinrich/Kuchinke, Kurt*: Erbrecht, München 2001
- Langenbacher, Katja*: Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht, München 1996
- Larenz, Karl/Canaris, Claus-Wilhelm*: Methoden der Rechtswissenschaft – Studienausgabe, 3. Auflage, Berlin 1995
- Laufs, Adolf*: Der mündige, aber leichtsinnige Patient, NJW 2003, 2288
- ders./Uhlenbruck, Wilhelm*: Handbuch des Arztrechts, 3. Auflage, München 2002
- ders./Katzmeier, Christian/Lipp, Volker*: Arztrecht, 6. Auflage, München 2009
- ders./Kern, Rüdiger*: Handbuch des Arztrechts, 4. Auflage, München 2010

- Lechner, Daniel*: Die Auswirkungen des Patientenrechtegesetzes auf den Umfang der ärztlichen Aufklärungspflicht – eine strafrechtliche Analyse, MedR 2013, 429
- Leonhard, Franz*: Besonderes Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 2. Band, München 1931
- Lesch, Heiko*: Die strafrechtliche Einwilligung beim HIV-Antikörpertest an Minderjährigen, NJW 1989, 2309
- Liebs, Detlef*: Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter, 7. Auflage, Darmstadt 2007
- Link, Inna*: Schwangerschaftsabbruch bei Minderjährigen, Frankfurt am Main 2004
- Lipp, Volker*: Freiheit und Fürsorge: Der Mensch als Rechtsperson, Tübingen 2000
- ders.*: Anmerkung zu BGH, Urt. v. 10.10.2006, Az. VI ZR 74/05, MedR 2008, 292
- Lippert, Hans-Dieter / Weissauer, Walter*: Das Rettungswesen, Berlin 1984
- Lischka, Sabine*: Führen und Entlohnen mit Zielvereinbarungen, BB 2007, 552
- Loewenwarter, Victor*: Lehrkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 3 (Recht der Schuldverhältnisse), Berlin 1928
- Lorz, Sigrid*: Arzthaftung bei Schönheitsoperationen, Berlin 2007
- Lotmar, Philipp*: Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des deutschen Reiches, Band 2, Leipzig 1908
- Luig, Klaus*: Der Arztvertrag, in: Gitter/Huhn/Lammel/u.a. (Hrsg.), Vertragsschuldverhältnisse, München 1974, S. 225
- Lundmark, Thomas*: Umgang mit dem Präjudizienrecht, JuS 2000, 546
- Lux, Jochen*: Kommt dem Arztvertrag Geschäftsbesorgungscharakter zu? Auskunft-, Einsichtnahme- und Herausgabepflichten des Arztes, GesR 2004, 6
- Martis, Rüdiger/Winkhart-Martis, Martina*: Arzthaftungsrecht – Fallgruppenkommentar, 3. Auflage, Köln 2010
- Mäsch, Gerald*: Chance und Schaden, Tübingen 2004
- ders.*: Demokratisches Schamantum in Wahlkampfzeiten – Risiken und Nebenwirkungen des Patientenrechtegesetzes, NJW 2013, 1354
- Matties, Karl-Heinz*: Anmerkung zu BGH, Urt. v. 21.09.1982, Az. VI ZR 302/80, NJW 1983, 335
- Mauz, Theodor/Dürig, Günter*: Kommentar zum Grundgesetz, Band 1 (Präambel – Art. 5), Band 3 (Art. 16 – 22), Band 4 (Art. 23 – 53a) Band 6 (Art. 86 – 106d), München Loseblattsammlung, Stand: 68. Ergänzungslieferung, Januar 2013
- Maydell, Bernd von*: Der Statuswandel der freien Heilberufe in der GKV – rechtliche Rahmenbedingungen und Reformoptionen, NZS 1996, 243

- Mengert, Peter*: Rechtsmedizinische Probleme in der Psychotherapie, Frankfurt am Main 1981
- Meyer-Götsner, Lutz/Schmitt, Bertram*: Strafprozessordnung, 57. Auflage, München 2014
- Michalski, Lutz*: (Zahn-)Ärztliche Aufklärungspflicht über die Ersatzfähigkeit von Heilbehandlungskosten, *VersR* 1997, 137
- Middendorf, Max*: Das Patientenrechtegesetz – was ist neu, was muss ich den Mandanten mitgeben?, *ZGMR* 2012, 324
- Montgomery, Frank/Brauer, Daniel/Hübner, Marlis/Seeböhm, Annabel*: Das Patientenrechtegesetz aus Sicht der Ärzteschaft, *MedR* 2013, 149
- Mugdan, Benno*: Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band 2 (Recht der Schuldverhältnisse), Berlin 1899
- Müller, Gerda*: Beweislast und Beweisführung im Arzthaftungsprozeß, *NJW* 1997, 3049
- dies.*: Macht und Grenzen ärztlichen Handelns, *GesR* 2004, 257
- dies.*: Macht und Grenzen ärztlichen Handelns, in: Wandt/Reiff/Looschelders/Bayer (Hrsg.), *Festschrift für Egon Lorenz*, Karlsruhe 2004, S. 475
- dies.*: Gibt es eine ärztliche Pflicht zur Fehleroffenbarung, in: Kern/Wadler/u.a. (Hrsg.), *Festschrift für Adolf Laufs*, Berlin 2006, S. 1009
- dies.*: Alles oder Nichts? – Schadensersatz und Schadensbegrenzung in der neueren Rechtsprechung des BGH, *VersR* 2005, 1461
- dies.*: Neue Perspektiven beim Schadensersatz, *VersR* 2006, 1289
- dies.*: Ärztliche Kompetenz und Patientenautonomie, *MedR* 2009, 309
- Muschner, Jens*: Haftungsrechtliche Besonderheiten bei der Aufklärung ausländischer Patienten, *VersR* 2003, 826
- ders.*: Der prozessuale Beweiswert ärztlicher (EDV-)Dokumentation, *VersR* 2006, 621
- Musielak, Hans-Joachim*: *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 9. Auflage, München 2012
- Narr, Helmut*: Anmerkung zu BSG v. 12.3.1985 – Az. 3 RK 33/83, *SGb* 1986, 32
- Nebendabl, Mathias*: Selbstbestimmungsrecht und rechtfertigende Einwilligung des Minderjährigen bei medizinischen Eingriffen, *MedR* 2009, 197
- Neelmeier, Tim*: Aufklärung auf Abwegen, *DÄ* 2012, B 1515
- ders.*: Die einrichtungsbezogene Patientenaufklärung, *NJW* 2013, 2230
- Neidhardt, Karl*: Behandlungsrecht des Arztes und ärztliche Aufklärungspflicht in der Sicht des Arztes und des Juristen, *NJW* 1956, 1097
- Neumann, Hugo*: *Jahrbuch des deutschen Rechts*, 4. Jahrgang, Berlin 1906

- Nixdorf, Wolfgang*: Befunderhebungspflicht und vollbeherrschbare Risiken in der Arzthaftung: Beweislastverteilung im Fluß?, VersR 1996, 160
- Noack, Thorsten/Fangerau, Heiner*: Zur Geschichte des Verhältnisses von Arzt und Patient in Deutschland, in: Schulz/Steigleder/Fangerau/Paul (Hrsg.), Geschichte, Theorie und Ethik der Medizin, Frankfurt am Main 2006, S. 77
- Nolte, Heinrich*: Die Ansprüche gegen den Ehemann bei Behandlung seiner Ehefrau und Kinder durch den Arzt, Hannover 1927
- Nolting, Svenja*: Das neue Patientenrechtegesetz – Teil 2: Einsichtsrecht, Informations- und Aufklärungspflicht, Nds. ÄBl. 2013/3, 27
- o. A.*: Dokumentation zum 109. Deutschen Ärztetag – Entschließungen zu Tagesordnungspunkt VII, DÄ 2006, A 1540
- o. A.*: Dokumentation zum 115. Deutschen Ärztetag – Entschließungen zum Tagesordnungspunkt I, DÄ 2012, A 1162
- o. A.*: Patientenbeauftragter will Entschädigungsfonds, DÄ 2011, A 5
- o. A.*: Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band 2 (Recht der Schuldverhältnisse), Berlin 1888
- Oertmann, Paul*: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche, Band 2 (§§ 241-853 BGB), 2. Auflage, Berlin 1906
- Ohly, Ansgar*: „Volenti non fit iniuria“ – Die Einwilligung im Privatrecht, Tübingen 2002
- Olzen, Dirk*: Die Rechtswirkungen geänderter höchstrichterlicher Rechtsprechung in Zivilsachen, JZ 1985, 155
- ders.*: Die gesetzliche Neuregelung der Patientenverfügung, JR 2009, 354
- ders./Metzmacher, Angela*: Erste Überlegungen zum Referentenentwurf für ein Patientenrechtegesetz, JR 2012, 271 (271).
- ders./Uzunovic, Haris*: „Der Behandlungsvertrag im BGB – Ein Vergleich des Referenten- und des Regierungsentwurfs für ein Gesetz zur Stärkung der Patientenrechte“, JR 2012, 447
- Oppenheim, Lassa*: Das ärztliche Recht zu körperlichen Eingriffen an Kranken und Gesunden, Basel 1892
- Pablke, Armin/Koenig, Ulrich*: Abgabenordnung – Kommentar, 2. Auflage, München 2009
- Palandt, Otto*: Bürgerliches Gesetzbuch, 39. Auflage, München 1980, 40. Auflage, München 1981, 70. Auflage, München 2011, 73. Auflage, München 2014
- Pawlowski, Hans-Martin*: Probleme der Einwilligung zu Eingriffen in personenbezogene Rechte, in: Brambrink/Medicus/Vogt (Hrsg.), Festschrift für Horst Hagen, Köln 1999, S. 5
- ders.*: Willenserklärungen und Einwilligungen in personenbezogene Eingriffe, JZ 2003, 66

- Pelz, Franz-Joseph*: Entwicklungstendenzen des Arzthaftungsrechts, DRiZ 1998, 473
- Pentz, Vera von*: Tendenzen der neueren höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Arzthaftung, MedR 2011, 222
- Perret, Wolfgang*: Das Problem der ärztlichen Aufklärungspflicht, Med. Klinik 50 (1955), 773
- Peter, Jürgen*: Das Recht auf Einsicht in die Krankenunterlagen, Köln 1989
- Pieroth, Bodo/Schlink, Bernhard*: Grundrechte, Staatsrecht II, 27. Auflage, Heidelberg 2011
- Piper, Henning*: Zum Vorschlag der Kommission der Europäischen Gemeinschaften für eine Richtlinie des Rates über die Haftung bei Dienstleistungen aus Sicht des innerstaatlichen Transportrechts, TranspR 1992, 92
- Potrett, Oliver-Max*: Selbstbestimmungsaufklärung in der Orthopädie und Traumatologie – eine Standortbestimmung, ArztR 2007, 88
- Preu, Peter*: Freiheitsgefährdung durch die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, JZ 1991, 265
- Prütting, Hanns*: Beweisprobleme im Arzthaftungsprozess, in: Leonardy (Hrsg.), Festschrift 150 Jahre Landgericht Saarbrücken, Köln 1985, S. 257
- ders.*: Gibt es eine ärztliche Pflicht zur Fehleroffenbarung, in: Kern/Wadler/u.a. (Hrsg.), Festschrift für Adolf Laufs, Berlin 2006, S. 1009
- ders.*: Anmerkung zu BGH, Urt. v. 20.03.2007, Az. VI ZR 158/06, MedR 2010, 31
- Prütting, Jens*: Qualifikation wunschmedizinischer Maßnahmen – Vertragsrecht, MedR 2011, 275
- Quaas, Michael/Zuck, Rüdiger*: Medizinrecht, 3. Auflage, München 2014
- Radan, Hans*: Ersetzung der Arzthaftung durch Versicherungsschutz, Karlsruhe 1993
- Rebmann, Kurt/Säcker, Franz-Jürgen*: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1 (§§ 1 – 240 BGB), 3. Auflage, München 1984
- Rebhorn, Martin*: Aktuelle Entwicklungen im Arzthaftungsrecht, MDR 2002, 1281
- ders.*: Patientenrechtegesetz 2013 – Behandlungsvertrag, Mitwirkung, Information, Einwilligung, Aufklärung, MDR 2013, 497
- ders.*: Patientenrechtegesetz 2013 – Dokumentation, Haftung, Beweislast, MDR 2013, 565
- Reipschläger, Christiane*: Die Einwilligung Minderjähriger in ärztliche Heileingriffe und die elterliche Personensorge, Frankfurt am Main 2004
- Rengier, Rudolf*: Strafrecht Besonderer Teil II – Delikte gegen die Person und die Allgemeinheit, 14. Auflage, München 2013
- Reuter, Marcel/Hahn, Erik*: Der Referentenentwurf zum Patientenrechtegesetz, VuR 2012, 247

- Rieger, Hans-Jürgen*: Herausgabe von Röntgenaufnahmen an Patienten, NJW 1975, 2239
- ders.*: Lexikon des Arztrechts, Berlin 1984
- Riegger, Theresa*: Die historische Entwicklung der Arzthaftung, Regensburg 2007
- Rieser, Sabine*: Nachbesserungen empfohlen, DÄ 2012, B 1763
- Riezler, Erwin*: Der Werkvertrag, Jena 1900
- Robde, Ernst*: Der Zeitpunkt der Aufklärung vor ambulanten Operationen, VersR 1995, 391
- Roßner, Hans-Jürgen*: Verzicht des Patienten auf eine Aufklärung durch den Arzt, NJW 1990, 2291
- ders.*: Begrenzung der Aufklärungspflicht des Arztes bei der Kollision mit anderen ärztlichen Pflichten, Frankfurt am Main 1998
- Roth, Andreas*: Die Verbindlichkeit der Patientenverfügung und der Schutz des Selbstbestimmungsrechts, JZ 2004, 494
- Rothärmel, Sonja*: Einwilligung, Veto, Mitbestimmung, Baden-Baden 2004
- dies./Wolfslast, Gabriele/Fegert, Jörg*: Informed Consent, ein kinderfeindliches Konzept?, MedR 1999, 293
- Röthel, Anne*: Normkonkretisierung im Privatrecht, Tübingen 2004
- Rümelin, Gustav*: Dienstvertrag und Werkvertrag, Tübingen 1905
- Rümelin, Max*: Die bindende Kraft des Gewohnheitsrechts und ihre Begründung, Tübingen 1929
- Rüthers, Bernd*: Wozu noch Methodenlehre? Die Grundlagenlücken im Jurastudium, JuS 2011, 865
- ders./Fischer, Christian/Birk, Axel*: Rechtstheorie, 6. Auflage, München 2011
- Säcker, Franz/Rixecker, Roland*: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1 (§§ 1 – 240 BGB), 6. Auflage, München 2012; Band 2 (§§ 241 – 432 BGB), 6. Auflage, München 2012; Band 4 (§§ 611 – 704 BGB), 6. Auflage, München 2012; Band 5 (§§ 705 – 853 BGB), 6. Auflage, München 2013
- Sasse, René*: Der Heilpraktiker, Baden-Baden 2011
- Schatz, Stefan*: Die Beweisvereitelung in der Zivilprozessordnung, Köln 1992
- Schellenberg, Frank*: Non-Compliance und Arzthaftung, VersR 2005, 1620
- Schelling, Philip*: Die Pflicht des Arztes zur wirtschaftlichen Aufklärung im Lichte zunehmender ökonomischer Zwänge im Gesundheitswesen, MedR 2004, 422
- ders./Warntjen, Maximilian*: Die Pflicht des Arztes zur Offenbarung von Behandlungsfehlern, MedR 2012, 506

- Schiemann, Gottfried*: Kausalitätsprobleme bei der Arzthaftung, in: Heldrich/Prölss/u.a. (Hrsg.), Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris, Band 1, München 2007, S. 1166
- Schmid, Eva-Maria*: Die Passivlegitimation im Arzthaftpflichtprozess, Berlin 1988
- Schmidt, Eberhard*: Empfiehlt es sich, daß der Gesetzgeber die Fragen der ärztlichen Aufklärungspflicht regelt?, Gutachten für den 44. Deutschen Juristentag (1962), Band 1, S. 1
- Schmidt, Heinz*: Der Behandlungs-Vertrag zwischen Arzt und Patienten unter besonderer Berücksichtigung der Verträge mit nichtapprobierten, sog. Heilkundigen, Eisenach 1928
- Schmidt, Karsten*: Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band 4 (§§ 238 – 342e HGB), 3. Auflage, München 2013
- Schmidt, Stephan/Strobal, Ulrika*: Menschenbilder und ihr Einfluss auf das Schwangerschaftserleben werdender Eltern aus geburtshilflicher Sicht, in: Janich (Hrsg.), Humane Orientierungswissenschaft, Würzburg 2008, S. 31
- Schmidt, Thorsten Ingo*: Grundlagen rechtswissenschaftlichen Arbeitens, JuS 2003, 649
- Schmidt-Beck, Jürgen*: Rechtliche Aspekte der EDV-gestützten ärztlichen Dokumentation, NJW 1991, 2335
- Schmidt-De Caluwe, Reimund*: Das Behandlungsverhältnis zwischen Vertragsarzt und sozialversichertem Patienten, VSSR 1998, 207
- Schmitt, Jochem*: Öffentlich-rechtliche Schadensersatzansprüche der Krankenkasse gegenüber dem Kassenarzt bei ärztlichen Behandlungsfehlern, SGb 1987, 265
- Schnapp, Friedrich*: Muss ein Vertragsarzt demokratisch legitimiert sein?, NZS 2001, 337
- ders./Düring, Ruth*: Die Rechtsbeziehung zwischen Kassenzahnarzt und sozialversichertem Patienten nach Gesundheits-Reformgesetz, NJW 1989, 2913
- Schnell-Inderst, Petra/Hunger, Theresa /Hintringer, Katharina/u.a.*: Individuelle Gesundheitsleistungen, Köln 2011
- Schoch, Friedrich*: Der Folgenbeseitigungsanspruch im Spiegel der Rechtsprechung der letzten 25 Jahre, Verw 44 (2011), 397
- Scholz, Karsten*: Das neue Patientenrechtegesetz – Teil 1, Nds. ÄBl. 2013/2, 16
- Schönke, Adolf/Schröder, Horst*: Strafgesetzbuch – Kommentar, 29. Auflage, München 2014
- Schramm, Stephan*: Der Schutzbereich der Norm im Arzthaftungsrecht, Karlsruhe 1992
- Schulén, Bertram*: Wandel vom Kassenarzt zum Vertragsarzt – Definition oder Statusänderung?, VSSR 1994, 357

- Schultze-Zeu, Ruth:* Das Vorliegen eines einfachen Befunderhebungsfehlers und die Beweislastumkehr hinsichtlich der Kausalität, *VersR* 2008, 898
- Schünemann, Wolfgang:* Wandlungen des Vertragsrechts, *NJW* 1982, 2027
- Schwab, Dieter/Löhnig, Martin:* Einführung in das Zivilrecht, 19. Auflage, Heidelberg 2012
- Schwarz, Susanne:* Hinweispflicht des Arztes auf eigene Behandlungsfehler, *JR* 2008, 89
- Schwill, Florian:* Aufklärungsverzicht und Patientenautonomie, Marburg 2007
- Simitis, Spiros:* Die Bedeutung von System und Dogmatik – dargestellt an rechtsgeschäftlichen Problemen des Massenverkehrs, *AcP* 172 (1972), 131
- Skaupy, Walther:* Der Vorschlag einer EG-Richtlinie für die Haftung bei Dienstleistungen, *BB* 1991, 2021
- Smentkowski, Ulrich:* Akteneinsichtsrecht der Krankenkassennach § 294a SGB V und Gesetzesinitiativen, *VersR* 2008, 465
- Sodan, Helge:* Freie Berufe als Leistungserbringer im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung, Tübingen 1997
- ders.:* Der Anspruch auf Rechtsetzung und seine prozessuale Durchsetzbarkeit, *NVwZ* 2000, 601
- Soergel, Hans Theodor:* Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 4/1 (§§ 516-651 BGB), 12. Auflage, Stuttgart 1998, Band 12 (§§ 823-853 BGB), 13. Auflage, Stuttgart 2005
- Spickhoff, Andreas:* Medizin und Recht zu Beginn des neuen Jahrhunderts – Die Entwicklung des Medizinrechts 2000/2001, *NJW* 2001, 1757
- ders.:* Das System der Arzthaftung im reformierten Schuldrecht, *NJW* 2002, 2530
- ders.:* Entwicklung des Arztrechts 2002/2003, *NJW* 2003, 1701
- ders.:* Grober Behandlungsfehler und Beweislastumkehr, *NJW* 2004, 2345
- ders.:* Wahlärztliche Leistungen im Krankenhaus: Leistungspflicht und Haftung, *NZS* 2004, 57
- ders.:* Aktuelle Rechtsfragen des medizinischen Behandlungsverhältnisses, München 2004
- ders.:* Die Entwicklung des Arztrechts 2004/2005, *NJW* 2005, 1694
- ders.:* Folgenrechnung im Schadensersatzrecht: Grenzen und Gründe, in: E. Lorenz (Hrsg.), *Karlsruher Forum* 2007, S. 7
- ders.:* Autonomie und Heteronomie im Alter, *AcP* 208 (2008), 345
- ders.:* Anmerkung zu BGH, Urt. v. 20.12.2007, *Az.* III ZR 144/07, *JZ* 2008, 687
- ders.:* Der Stellenwert des Persönlichkeitsschutzes in der Arzt-Patienten-Beziehung, in: Kern/Lilie (Hrsg.), *Festschrift für Gerfried Fischer*, Frankfurt am Main 2010, S. 503

- ders.*: Spezielle Patientenrechte für Migranten? Juristische und rechtsethische Überlegungen, in: Deutscher Ethikrat (Hrsg.), Migration und Gesundheit, Berlin 2010, S. 59
- ders.*: Medizinrecht, München 2011
- ders.*: Anmerkung zu BGH, Urt. v. 17.01.2012, Az. VI ZR 336/10, LMK 2012, 332542
- ders.*: Patientenrechte und Gesetzgebung, ZRP 2012, 65
- ders.*: Die Entwicklung des Arztrechts 2011/2012, NJW 2012, 1773
- ders.*: Stellungnahme zum Patientenrechtegesetz im Rechts- und Gesundheitsausschuss vom 22.10.2012, Ausschussdrucksache 17(14)0326(4), abrufbar unter: http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse17/a14/anhoerungen/z_Patientenrechte/Stellungnahmen/17_14_0326_4_ESV_Spickhoff.pdf <zuletzt abgerufen: 1.7.2013>
- ders.*: Patientenrechte und Patientenpflichten – Die medizinische Behandlung als kodifizierter Vertragstypus, VersR 2013, 267
- ders.*: Die Entwicklung des Arztrechts 2012/2013, NJW 2013, 1714
- ders./Bleckwenn, Eike*: Zum Beweiswert digitaler Aufklärungsbögen bei Verwendung elektronischer Signaturen, VersR 2013, 1350
- Spindler, Gerald*: Kausalität im Zivil- und Wirtschaftsrecht, AcP 208, 283
- ders./Rieckers, Oliver*: Die Auswirkungen der Schuld- und Schadensrechtsreform auf die Arzthaftung, JuS 2004, 272
- Ständige Deputation des Deutschen Juristentages*: Sitzungsbericht der Verhandlungen der Abteilung Arztrecht des 52. Deutschen Juristentages (1978), Band 2, I 1
- dies.*: Verhandlungen des 52. Deutschen Juristentages (1978), Band 2, I 203 (Beschlüsse)
- Stander, Karl Heinz*: Wie weit muss der Kranke über das Risiko ärztlicher Eingriffe (Elektroschockbehandlung) unterrichtet werden? – Stellungnahme zu einer neuen Entscheidung des Bundesgerichts, Med. Klinik 50 (1955), 168
- Staudinger, Julius von*: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2 (Recht der Schuldverhältnisse), 2. Auflage, München 1906; Dienstvertragsrecht 1 (§§ 611-615 BGB), Berlin 2011; Unerlaubte Handlungen 1 – Teilband 2 (§§ 823 E-I, 824, 825 BGB), Berlin 2009
- Steffen, Erich*: Empfiehlt sich, im Interesse der Patienten und Ärzte ergänzende Regelungen für das ärztliche Vertrags- (Standes-) und Haftungsrecht einzuführen?, Referat für den 52. Deutschen Juristentag (1978), Band II, I 8
- ders./Dressler, Wolf-Dieter*: Arzthaftungsrecht, 8. Auflage, Köln 1999
- Stenglein, Melchior*: ohne Titel, unter der Rubrik „Sprechsaal“, DJZ 1899, 106

- Sternberg-Lieben, Detlev/Reichmann, Philipp*: Die gesetzliche Regelung der Patientenverfügung und das medizinische Selbstbestimmungsrecht Minderjähriger, NJW 2012, 257
- Stoß, Carl*: Chirurgische Operation und ärztliche Behandlung, Berlin 1898
- Sträßner, Heinz*: Das Recht der Hebamme, Stuttgart 2007
- Strätling, Meinolfus/Scharf, Volker/Wedel, Claudia/u.a.*: Möglichkeiten zur Verminderung rechtlicher und ethischer Probleme bei der Behandlung nicht einwilligungsfähiger oder von Einwilligungsunfähigkeit bedrohter Personen, MedR 2001, 385
- Tamm, Marina*: Patientenrechtegesetz – ein neuer Vorstoß zur Kodifikation des ärztlichen Behandlungsvertrages, VuR 2012, 245
- Taupitz, Jochen*: Die zivilrechtliche Pflicht zur unaufgeforderten Offenbarung eigenen Fehlverhaltens, Tübingen 1989
- ders.*: Der Heilpraktiker aus der Sicht des Haftungsrechts: „Arzt“, „Mini-Arzt“ oder „Laie“, NJW 1991, 1505
- ders.*: Aufklärung über Behandlungsfehler: Rechtspflicht gegenüber dem Patienten oder ärztliche Ehrenpflicht?, NJW 1992, 713
- ders.*: Arztfehler – unter dem Mantel des Schweigens, Dortmund 1998
- ders.*: Proportionalhaftung zur Lösung von Kausalitätsproblemen – insbesondere in der Arzthaftung?, in: Heldrich/Prölss/Koller/u.a. (Hrsg.), Festschrift für Claus Canaris, Band 1, München 2007, S. 1231
- ders.*: Medizinische Informationstechnologie, leitliniengerechte Medizin und Haftung des Arztes, AcP 211 (2011), 352
- Teichner, Matthias/Schröder, Birgit*: Medizinisch nicht indizierte, ästhetische Eingriffe und das GKV-WSG: aktuelle Rechtsfragen und Folgen für die Praxis, MedR 2009, 586
- Tempel, Otto*: Inhalt, Grenzen und Durchführung der ärztlichen Aufklärungspflicht unter Zugrundelegung der höchstrichterlichen Rechtsprechung, NJW 1980, 609
- Terbille, Michael*: Anmerkung zu OLG Jena, Urt. v. 3.12.1999 – Az. 4 U 687/97, VersR 1999, 235
- ders./Schmitz-Herscheidt, Stephan*: Zur Offenbarungspflicht bei ärztlichen Behandlungsfehlern, NJW 2000, 1749
- Teufel, Reinhold*: Der Arztvertrag, Tuttingen 1919
- Thole, Larissa*: Das Patientenrechtegesetz – Ziele der Politik, MedR 2013, 145
- Thomas, Heinz/Putzö, Hans*: Zivilprozessordnung – Kommentar, 35. Auflage, München 2014
- Thurn, Peter*: Das Patientenrechtegesetz – Sicht der Rechtsprechung, MedR 2013, 153

- Tillmanns, Hermann*: Lehrbuch der allgemeinen und speciellen Chirurgie einschließlich der modernen Operations- und Verbandslehre, Band 1, 6. Auflage, Leipzig 1897
- Truli, Emmanuela*: Probleme und Entwicklung der Dienstleistungshaftung im griechischen, deutschen und im Gemeinschaftsrecht, Berlin 2001
- Uexküll, Thure von/Wesiack, Wolfgang*: Theorie der Humanmedizin, 3. Auflage, München 1998
- Uhlenbruck, Wilhelm*: Das Recht und die Pflicht des Arztes zur restitutio ad integrum nach einem Behandlungsfehler, in: Heberer/Obderbecke/Spann (Hrsg.), Festschrift für Walther Weißauer, Berlin 1986, S. 150
- ders.*: Insolvenzordnung – Kommentar, 13. Auflage, München 2010
- Ulsenheimer, Klaus*: Zur zivil- und strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Arztes, MedR 1992, 127
- ders.*: Arztstrafrecht in der Praxis, 4. Auflage, Heidelberg 2008
- Valentini, Michaelis Bernhard*: Corpus Juris – Medicio-Legale, Frankfurt am Main 1722
- Vavra, Maria*: Stellungnahme zum Patientenrechtegesetz im Rechts- und Gesundheitsausschuss vom 22.10.2012, Ausschussdrucksache 17(14)0326(21), abrufbar unter: http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse17/a14/anhoerung/en/z_Patientenrechte/Stellungnahmen/17_14_0326_21_ESV_Vavra.pdf <zuletzt abgerufen am 1.7.2014>
- Verbraucherzentrale Bundesverband e.V.*: Elemente eines Patientenrechte- und Informationsgesetzes (Behandlungsvertrag), abrufbar unter: http://www.vzvb.de/mediapics/studie_patientenrechtegesetz_prg_31_10_2005.pdf <zuletzt abgerufen am 1.10.2013>
- ders.*: Stellungnahme zum Patientenrechtegesetz im Rechts- und Gesundheitsausschuss vom 22.10.2012, Ausschussdrucksache 17(14)0326(31), abrufbar unter: http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse17/a14/anhoerungen/en/z_Patientenrechte/Stellungnahmen/17_14_0326_31_neu_vzvb.pdf <zuletzt abgerufen am 1.7.2014>
- Vogeler, Marcus*: Anschein und Vermutung – Der Beweis der Ursächlichkeit in der Arzneimittelhaftung, MedR 2011, 81
- Voigt, Rüdiger*: Verrechtlichung und Entrechtlichung?, in: ders. (Hrsg.), Gegenendenzen zur Verrechtlichung, Opladen 1983, S. 17
- Wachsmuth, Werner/Schreiber, Hans-Ludwig*: Das Dilemma der ärztlichen Aufklärung, NJW 1981, 1985
- Wagner, Gerhard*: Die Reform der Arzneimittelhaftung im Entwurf eines Zweiten Schadensrechtsänderungsgesetzes, VersR 2001, 1334
- ders.*: Kodifikation des Arzthaftungsrechts? – Zum Entwurf eines Patientenrechtegesetzes, VersR 2012, 789

- Wahrendorf, Volker*: Die Prinzipien der Beweislast im Haftungsrecht, Köln 1976
- Walter, Alexander*: Spezialisierung und Sorgfaltsmaßstab im Arzt- und Anwaltshaf-
tungsrecht, Bielefeld 2004
- ders.*: Das Beweisrecht der Behandlungsfehlerhaftung nach dem Patientenrechte-
gesetz, GesR 2013, 129
- Walter, Ute*: Das neue Patientenrechtegesetz, München 2013
- Wasserburg, Klaus*: Die ärztliche Dokumentationspflicht im Interesse des Patienten,
NJW 1980, 617
- Wassermann, Rudolf*: Montesquieu, „schlanker Staat“ und „Blaue Prüffragen“ – Zur
Bedürfnisprüfung bei Gesetzesvorhaben, NJW 1999, 1374
- Wendt, Gerlind*: Die ärztliche Dokumentation, Baden-Baden 2001
- Wessels, Johannes/Beulke, Werner*: Strafrecht Allgemeiner Teil, 42. Auflage, Heidel-
berg 2012
- Westermann, Harm Peter*: Verabschiedung oder Überarbeitung des BGB?,
ZRP 1983, 249
- Weyers, Hans Leo*: Empfiehlt es sich, im Interesse der Patienten und Ärzte ergän-
zende Regelungen für das ärztliche Vertrags-(Standes-) und Haftungsrecht
einzuführen?, Gutachten A für den 52. Deutschen Juristentag (1978),
Band 1, A 1
- Wienke, Albrecht*: Bundestag verabschiedet Patientenrechtegesetz – Erleichterun-
gen zur Person des aufklärenden Arztes, HNO-Informationen 2013, 12
- ders.*: Patientenrechtegesetz in Kraft getreten: Noch mehr Papierkrieg in Klinik
und Praxis, HNO-Informationen 2013, 55
- Wiesner, Peter/Wiedmann, Daniel*: Die Dienstleistungsrichtlinie – Marktöffnung oder
Abschottung, ZIP 2005, 1210
- Wiethaup, Hans*: Herausgabe von Krankenblättern an Dritte?, JR 1954, 174
- Wiethölter, Rudolf*: Arzt und Patient als Rechtsgenossen, in: Stiftung zur Förderung
der wissenschaftlichen Forschung über Wesen und Bedeutung der Freien Be-
rufe (Hrsg.), Die Aufklärungspflicht des Arztes, Köln 1962, S. 71
- Woblers, Christine*: Das neue Patientenrechtegesetz – Teil 4: Arzthaftungsrecht,
Nds. ÄBl. 2013/5, 25
- Wölk, Florian*: Der minderjährige Patient in der ärztlichen Behandlung, MedR
2001, 80
- Ziegner, Catharina von*: Der Zahnarzt in der zivilrechtlichen Haftung unter besonde-
rer Berücksichtigung des anzusetzenden Haftungsmaßstabs, Frankfurt am
Main 2007
- Zimmermann, Friedrich*: Ueber das Rechtsverhältnis zwischen dem Arzte und dem
Patienten, AcP 56 (1856), 222

Zok, Klaus: Private Zusatzleistungen in der Arztpraxis – Ergebnisse einer Repräsentativ-Umfrage, WIdOmonitor 2/2010, 1

Zöller, Richard: Zivilprozessordnung – Kommentar, 30. Auflage, Köln 2014

Mit dem im Februar 2013 in Kraft getretenen Patientenrechtegesetz hat der Gesetzgeber das vertragliche Arzthaftungsrecht in das Besondere Schuldrecht integriert. Dabei hat er weitgehend auf richterrechtliche Grundsätze zurückgegriffen, an diversen Stellen aber auch Änderungen und Neuregelungen eingeführt. Die vorliegende Dissertation widmet sich neben einer Untersuchung der rechtsdogmatischen und rechtspolitischen Erforderlichkeit der Kodifikation vor allem einer Bewertung der Einzelnormen (§§ 630a bis 630h BGB). Hierbei werden die neu entstandenen Rechtsprobleme analysiert und interessengerechte Lösungsvorschläge entwickelt. Zudem wird ermittelt, welche praktischen Folgen von den Änderungen und Neuregelungen zu erwarten sind. Darüber hinaus beschäftigt sich die Arbeit mit den Auswirkungen der vertraglichen Regelungen auf die deliktische Arzthaftung. Zuletzt wird zu weitergehenden Reformvorschlägen, die keinen Eingang in das Gesetz gefunden haben, wie etwa zur Frage einer generellen Beweislastumkehr zu Lasten der Ärzte und zur Einführung eines Entschädigungssystems in Form eines Fonds, kritisch Stellung bezogen.



GEORG-AUGUST-UNIVERSITÄT
GÖTTINGEN

ISBN: 978-3-86395-175-7
ISSN: 1864-2144

Universitätsverlag Göttingen